

Sentencia SU.174/07

ARBITRAMENTO-Definición/ARBITRAMENTO-Fundamentos constitucionales

ARBITRAMENTO-Elementos de la definición

En nuestro ordenamiento jurídico, el arbitramento se define a partir de dos elementos constitutivos básicos: (1) la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica – por lo cual, desde esta perspectiva, los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional; y (2) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado – aunque es la Constitución Política la que provee su fundamento último-, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han “habilitado” a los árbitros.

ARBITRAMENTO-Voluntad de las partes como origen y fundamento

Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas –cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial.

JUSTICIA ADMINISTRADA POR ARBITROS Y ADMINISTRADA POR JUECES-Diferencias

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la principal y fundamental diferencia entre la justicia que administran los árbitros y la que administran los jueces de la República es que, mientras que los jueces ejercen una función pública institucional que es inherente a la existencia misma del Estado, los particulares ejercen esa función en virtud de la habilitación que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado. También ha señalado que la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos estriba no sólo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente.

ARBITRAMENTO-Consecuencias que se derivan de la voluntad de las partes en el proceso arbitral

Una consecuencia importante del papel central de la voluntad autónoma de las partes dentro del sistema de arbitramento es que la función conferida a los árbitros es transitoria o temporal, ya que al ser las partes en conflicto las que habilitan a los árbitros para resolver una determinada controversia, cuando se resuelve el conflicto desaparece la razón de ser de su habilitación. Otra consecuencia es que las partes, al prestar su consentimiento para habilitar a los árbitros, adquieren la responsabilidad de actuar de manera diligente para establecer con precisión los efectos que tendrá para ellas acudir a la justicia arbitral, y conocer las consecuencias jurídicas y económicas que para ellas se derivarán de tal decisión. Un tercer efecto es que cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos afecta la legitimidad tanto del tribunal arbitral como de las decisiones que él adopte, y constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia; de tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial.

ARBITRAMENTO-Importancia que da la Constitución Política a la voluntad de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral

El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes.

ARBITRAMENTO-Naturaleza

El artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros, al disponer que éstos pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia. El carácter jurisdiccional de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento – el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el negocio en cuestión.

ARBITRAMENTO COMO ACTO JURISDICCIONAL- Características

La doctrina constitucional ha examinado las características básicas del arbitramento en tanto acto jurisdiccional, así: (i) los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores; (ii) el arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de fallos en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes; (iii) los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros mediante un procedimiento arbitral diferente y especial; (iv) los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y (v) es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral.

ARBITRAMENTO COMO ACTO JURISDICCIONAL-Aspectos fundamentales

El elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales: (a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa juzgada; y (b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir.

LAUDO ARBITRAL-Resuelve la disputa, es vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada

Una vez las partes han habilitado a los árbitros para ejercer la función jurisdiccional en relación con sus diferencias, se obligan a acatar la decisión que eventualmente éstos adopten mediante un laudo. El laudo arbitral debe resolver efectivamente la disputa que se somete a consideración del tribunal de arbitramento, ya que la finalidad misma de la habilitación de los árbitros por las partes es la de obtener una solución para el conflicto que las enfrenta y dicha resolución, al ponerle fin a una disputa mediante un acto de naturaleza jurisdiccional, hace tránsito a cosa juzgada. Una vez se ha integrado el Tribunal y se ha investido a los árbitros del poder de administrar justicia para el caso concreto, obran como un juez, por lo cual el laudo arbitral, en tanto acto jurisdiccional adoptado después de seguir el procedimiento preestablecido para verificar los hechos, valorar las pruebas y extraer una consecuencia en derecho o en equidad, según la voluntad de las partes, hace tránsito a cosa juzgada al igual que las sentencias judiciales.

ARBITRAMENTO-Tiene naturaleza procesal y está sujeto a un marco legal

Se ha resaltado la naturaleza procesal del arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Se trata de un proceso, porque los particulares, al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco específico trazado por el legislador. Por ello, el arbitramento se concibe como un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas, a través de una serie de etapas y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los árbitros. El arbitramento se ha de desarrollar de conformidad con lo establecido por la ley, expresión que ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional como una facultad para que el legislador regule el funcionamiento de los tribunales arbitrales, sin que ello implique desconocer el principio de voluntariedad. El legislador dispone de un margen de configuración del proceso arbitral, el cual parte del respeto a la voluntad de las partes que optaron por habilitar a unos particulares para dirimir sus diferencias. En virtud del principio de voluntariedad, el legislador puede contemplar varias alternativas de regulación del proceso arbitral, las cuales van desde dejar en libertad a las partes para definir cuáles serán las reglas procesales aplicables hasta exigir ciertos requisitos y etapas, pasando por establecer normas supletorias de la voluntad de las partes.

ARBITRABILIDAD OBJETIVA

El arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad.

ARBITRABILIDAD SUBJETIVA

La arbitrabilidad subjetiva define quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. En nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva.

LAUDO ARBITRAL-Goza de estabilidad jurídica y tiene fuerza vinculante

Cuando las partes de una controversia acuerdan voluntariamente someter sus disputas a la decisión de árbitros, están tomando la decisión de no acudir a la jurisdicción estatal por motivos de conveniencia, según su libre apreciación. Por lo tanto, al habilitar a los tribunales de arbitramento para administrar justicia, las partes están manifestando su confianza en que la decisión que adopten los árbitros por ellas mismas escogidos -directa o indirectamente- para resolver la controversia, será la adecuada. El laudo goza de estabilidad jurídica, porque las partes mismas resolvieron que los árbitros serían el juez de su causa, y no pueden modificar su decisión habilitante luego de trabar la litis ni de conocer el contenido del laudo.

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Improcedencia general/**ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL**-Procedencia excepcional por vía de hecho

Por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental. En tal medida, las hipótesis de procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones son excepcionales y exigen la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL-Reglas aplicables

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración

En materia arbitral la vía de hecho por defecto sustantivo surge cuando el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental. Las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal. En esa medida, únicamente se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental.

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO ORGANICO-Configuración

En el campo del arbitramento, la vía de hecho por defecto orgánico tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que en virtud de la regla kompetenz-kompetenz –ver aparte 3.2.1. (a) subsiguiente-, los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles.

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO PROCEDIMENTAL-Configuración

En materia arbitral la vía de hecho por defecto procedimental se configura cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y (b) dicha vulneración directa de derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto.

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO FACTICO-Configuración

En materia arbitral la vía de hecho por defecto fáctico se configura, en eventos en los cuales los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable, eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales.

PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ-Finalidad

PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ-Competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias económicas entre CISA y el Departamento del Valle del Cauca

VIA DE HECHO POR DEFECTO ORGANICO-Inexistencia por cuanto el tribunal de arbitramento no desconoció en el laudo la validez y firmeza del acto administrativo

Referencia: expediente T-980611

Acción de tutela instaurada por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, Angelino Garzón y el Secretario Jurídico de este departamento, Hernán Jaime Ulloa, contra el Tribunal de Arbitramento que el 24 de abril de 2003 profirió el laudo arbitral que dirimió las controversias contractuales existentes entre Concesiones de Infraestructuras S.A. (CISA) y este departamento, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017, así como contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la cual profirió la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, que declaró infundado el recurso de anulación presentado por el Departamento del Valle del Cauca contra el referido laudo arbitral.

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Álvaro Tafur Galvis, Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En virtud del Auto 100 de 2006, mediante el cual se declaró la nulidad de la sentencia T-481 de 2005, la Sala Plena de la Corte Constitucional profiere la siguiente sentencia de unificación.

1. Hechos que antecedieron a la presentación de la acción de tutela que se revisa.

1.1. El 4 de octubre de 1995 el Departamento del Valle del Cauca¹, suscribió con Concesiones de Infraestructuras S.A. (en adelante CISA)², el contrato GM-95-04-0017, cuyo objeto era la realización de estudios, diseños, rehabilitación y construcción, operación, conservación y mantenimiento de la carretera Cali-Candelaria-Florida³.

1.2. En cláusula trigésima octava del contrato GM-95-04-0017 se pactó lo siguiente:

“SUJECCIÓN A LA LEY COLOMBIANA Y RENUNCIA A RECLAMACIÓN DIPLOMÁTICA: “En lo relativo a las diferencias que surjan en cuanto a las obligaciones y derechos originados en el presente contrato, el CONCESIONARIO de manera expresa manifiesta que las mismas serán del conocimiento y juzgamiento exclusivo de los jueces colombianos y renuncia a presentar reclamación diplomática, salvo el caso de denegación de justicia”⁴.

1.3. En el párrafo de la cláusula trigésima octava del contrato GM-95-04-0017 se pactó lo siguiente:

“CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a árbitros colombianos. Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho”⁵.

¹ En la suscripción del contrato GM-95-04-017, el Departamento del Valle del Cauca estuvo representado por su gobernador, Germán Villegas Villegas y por el Gerente para macro proyectos estratégicos de infraestructura del Departamento, José Nicolás Urdinola Calero. Folios 13 y 44 del cuaderno de anexos número 6 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 1 y 32 del contrato GM-95-04-017.

² En la suscripción del contrato GM-95-04-017, Concesiones de Infraestructuras S.A. (en adelante CISA) estuvo representada por Domingo de Alvarado Gonzalo, su representante legal. Folios 13 y 44 del cuaderno de anexos número 6 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 1 y 32 del contrato GM-95-04-017.

³ De acuerdo con la cláusula primera del contrato GM-95-04-017, su objeto fue definido en los siguientes términos: “El CONCESIONARIO se obliga por medio de este contrato de obra pública por el sistema de concesión, según lo establecido en la Ley 80 de mil novecientos noventa y tres a: 1. La realización de estudios, diseños definitivos, rehabilitación y construcción de conformidad con el anexo No. 1. adjunto al presente contrato y que forma parte integrante del mismo. 2. Operación, conservación y mantenimiento del proyecto por el tiempo que dure la concesión. Las actividades incluidas para cumplir el objeto del contrato son: el diseño para la construcción, financiación, la construcción, el suministro, la instalación, el montaje y la prueba de equipos, la puesta en funcionamiento y la operación del proyecto, las cuales deben hacerse en un todo de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en este documento, en la propuesta del concesionario de fecha 19 de abril de 1995 y 11 de mayo de 1995, aceptada por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, a través de la GERENCIA PARA MACROPROYECTOS en el Preacuerdo de Adjudicación de fecha 11 de Mayo de 1995 y en el Anexo Técnico No. 1 adjunto en lo no modificado por los documentos anteriores”. Folios 13 y 14 del cuaderno de anexos número 6 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 1 y 2 del contrato GM-95-04-017.

⁴ Folio 42 del cuaderno de anexos número 6 del expediente T-980611, que corresponde al folio 30 del contrato GM-95-04-017.

⁵ Folio 42 del cuaderno de anexos número 6 del expediente T-980611, que corresponde al folio 30 del contrato GM-95-04-017.

1.4. El 21 de diciembre de 1999 las partes del contrato GM-95-04-017 celebraron un Acuerdo de Terminación Anticipada del mismo⁶. En los considerandos de este acuerdo las partes del contrato señalaron lo siguiente: *“la comunidad ha expuesto en reiteradas ocasiones y de manera manifiesta su rechazo al cobro de los peajes y a la ejecución del proyecto”*⁷.

Tal como lo afirman las partes del contrato en los considerandos del Acuerdo de Terminación Anticipada, como consecuencia de los hechos antes señalados, *“(…) existen factores que hacen inviable seguir adelante con su ejecución”*⁸.

Por tal razón, y de acuerdo con las normas aplicables del Código Civil y de la Ley 80 de 1993, las partes del contrato GM-95-04-017 señalaron lo siguiente en el considerando número seis del referido Acuerdo de Terminación Anticipada del Contrato:

*“Que en el presente caso, concurre el consentimiento y voluntad mutua de los contratantes para finalizar la vigencia del contrato, y en consecuencia, EL CONSESIONARIO y EL DEPARTAMENTO resuelven terminar de mutuo acuerdo el contrato GM-95-04-017 de 1995, conforme a las siguientes CONDICIONES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO GM-95-04-017 de 1995”*⁹.

1.4.1. Respecto de la terminación del contrato, las partes pactaron en la cláusula primera del Acuerdo de Terminación Anticipada, lo siguiente:

“1.1. EL DEPARTAMENTO libera a EL CONCESIONARIO a partir de la fecha, de todas las obligaciones contraídas a través de la suscripción del contrato GM-95-04-017 de 1995, relacionadas con su ejecución conforme a sus términos, excepto de aquellas relacionadas con la terminación del contrato y la reversión de la infraestructura entregada en concesión, las que se deberán cumplir hasta la liquidación del presente contrato.

“1.2. EL CONCESIONARIO libera a EL DEPARTAMENTO a partir de la fecha de todas las obligaciones contraídas a través de la suscripción del contrato GM-95-04-017 de 1995, relacionadas con su ejecución conforme a sus términos, excepto de aquellas relacionadas con la

⁶ En la celebración del acuerdo de terminación anticipada del contrato GM-95-04-017, el Departamento del Valle del Cauca estuvo representado por el Viceministro del Interior y Gobernador Ad hoc del Departamento, Jorge Mario Eastman Robledo y por el Gerente para macroproyectos estratégicos de infraestructura de la Gobernación del Valle del Cauca, Hernán Molano González. Por su parte, CISA estuvo representada por su representante legal, Fernando Guedan Pecker. Folios 26 al 32 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

⁷ Folio 26 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

⁸ Folio 27 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

⁹ Folio 27 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

terminación del contrato las que se deberán cumplir hasta la liquidación del mismo.

“1.3. EL DEPARTAMENTO renuncia a partir de la fecha, al derecho que le asiste de exigir el cumplimiento pleno y cabal de todas las obligaciones contraídas por EL CONCESIONARIO a través de la suscripción del contrato GM-95-04-017 de 1995, relacionadas con su ejecución conforme a sus términos, excepto aquellos derechos relacionados con la terminación del contrato y la reversión de la infraestructura entregada en concesión.

“1.4. EL CONCESIONARIO renuncia a partir de la fecha, al derecho que le asiste de exigir el cumplimiento pleno y cabal de todas las obligaciones contraídas por EL DEPARTAMENTO a través de la suscripción del contrato GM-95-04-017 de 1995, relacionadas con su ejecución conforme a sus términos, excepto aquellos derechos relacionados con la terminación del contrato y la reversión de la infraestructura entregada en concesión”¹⁰.

1.4.2. Respecto de la liquidación del contrato, las partes pactaron en la cláusula tercera del Acuerdo de Terminación Anticipada, lo siguiente:

“CONDICIONES DE LA LIQUIDACIÓN: En consideración a su condición de contrato estatal, EL CONCESIONARIO y EL DEPARTAMENTO reconocen la aplicación del artículo 60 y siguientes de la Ley 80 de 1993 y por lo tanto acuerdan las siguientes condiciones para la liquidación del contrato GM-95-04-017 de 1995:

“3.1. El contrato GM-95-04-017 de 1995 será liquidado de común acuerdo por el CONCESIONARIO y por el DEPARTAMENTO conjuntamente, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha del presente acuerdo.

“3.2. Durante el plazo previsto en el numeral anterior, las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

“3.3. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

“3.4. Podrán llevarse a cabo liquidaciones parciales sobre cualquier punto de la liquidación al que se haya llegado mediante acuerdo, conciliación o transacción, de manera que las partes no estarán obligadas a que la liquidación incluya acuerdo sobre todos y cada uno de los puntos convenidos para su validez.

¹⁰ Folios 27 y 28 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

“3.5. Si las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido del acta de liquidación, la misma será practicada directa y unilateralmente por el DEPARTAMENTO, y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible de recurso de reposición ”¹¹.

1.5. Con posterioridad a la suscripción del citado Acuerdo de Terminación Anticipada del Contrato GM-95-04-017, las partes, por mutuo acuerdo, prorrogaron en tres oportunidades (junio 16 de 2000, octubre 21 de 2000 y noviembre 21 de 2000) el plazo para liquidar el contrato y fijaron como plazo máximo para efectuar tal liquidación el 25 de diciembre de 2000¹².

1.6. El 22 de diciembre de 2000 y, según lo afirman las partes, ante la imposibilidad de lograr una aceptación unánime de las entidades financieras acreedoras de CISA, de los escenarios de negociación que les fueron propuestos¹³, y amparadas en lo establecido por el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 respecto del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos para resolver diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual¹⁴, las partes del contrato GM-95-04-017 decidieron conjuntamente suscribir un Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento¹⁵.

¹¹ Folios 30 y 31 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹² En los considerandos 3 y 4 del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, suscrita por las partes del contrato GM-95-04-017 el 22 de diciembre de 2000, se hace referencia a las prórrogas acordadas entre éstas, del término para liquidar por mutuo acuerdo el referido contrato de concesión. Folio 72 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

¹³ En los considerandos 5, 6, 7, 8 y 9 del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, las partes del contrato GM-95-04-017 señalaron lo siguiente:

“5. Que con el fin de determinar el valor de liquidación del Contrato de Concesión se contrató la firma Argos Asesores Ltda., la cual realizó una auditoría de orden técnico, contable y financiera la cual fue entregada el 10 de octubre del 2000.

“6. Que con fecha 25 de octubre del 2000, las partes contratantes firmaron un nuevo documento en el cual se fijaron los escenarios de negociación debiendo ser los mismos sometidos a consulta de sus respectivos asesores para su aprobación definitiva.

“7. Que con ocasión de la suscripción del documento anterior las partes procedieron a iniciar las negociaciones con las entidades financieras acreedoras de la Concesionaria siendo estas el Banco Santander, Central de Inversiones y Compañía Financiera Internacional con el objetivo de obtener una aceptación de los escenarios planteados en el documento de fecha 25 de octubre del 2000.

“8. Que después de múltiples reuniones y comunicaciones, no se logró la aceptación unánime de las entidades financieras a los escenarios de negociación propuestos.

“9. Que como consecuencia de lo anterior y entendiendo que se han agotado todos los posibles escenarios de negociación, las partes contratantes expresan de mutuo acuerdo que la no aceptación de las fórmulas de negociación por parte de los acreedores de la concesionaria es un elemento que impide se lleve a cabo la liquidación del Contrato de Concesión GM-95-04-017 de mutuo acuerdo”.

Folio 73 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

¹⁴ Ley 80 de 1993, Artículo 68: *“DE LA UTILIZACION DE MECANISMOS DE SOLUCION DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.*

“Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

“PARAGRAFO. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada”.

¹⁵ En la suscripción del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, el Departamento del Valle del Cauca estuvo representado por el Viceministro de Transporte y Gobernador Ad Hoc del Departamento, Federman Quiroga Ríos y CISA estuvo representada por Fernando Guedan Pecker.

1.6.1. En el numeral primero del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento las partes pactaron lo siguiente:

“CONVOCATORIA A TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: Las partes contratantes en virtud de lo expresado en el Contrato de Concesión en su cláusula Trigésimo Octava parágrafo único, en el documento de fecha 6 de junio de 2000 y de fecha 21 de octubre¹⁶ resuelven convocar a un Tribunal de Arbitramento con el fin de que se efectúe la liquidación del Contrato de Concesión GM-95-04-017.

“Es entendido por las partes que la liquidación del contrato de concesión constituirá una de las pretensiones sometidas a la decisión del Tribunal que se integre en desarrollo de lo aquí dispuesto”¹⁷.

1.6.2. En el numeral segundo del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, y siguiendo lo establecido en el parágrafo de la cláusula trigésimo octava del contrato GM-95-04-017, las partes pactaron cuál sería el número de árbitros que conformarían el tribunal, su nacionalidad, las reglas que se seguirían para su escogencia, el lugar donde se convocaría al tribunal de arbitramento, la duración del mismo, la forma en la que las partes asumirían los costos derivados de la convocatoria del tribunal y de su desarrollo, el fundamento que tendrían en cuenta los árbitros para adoptar el laudo y las normas que regirán al Tribunal de Arbitramento en lo no regulado por la citada Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento¹⁸.

¹⁶ En el numeral primero del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento las partes hacen referencia al parágrafo único de la cláusula trigésimo octava del contrato de concesión (en el que se pactó la cláusula compromisoria del contrato), y a dos documentos, uno fechado el 6 de junio de 2000 y otro fechado el 21 de octubre del mismo año. Al respecto se debe señalar que en los considerandos 3 y 4 del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento se mencionan estos dos documentos y se afirma que mediante el primero, las partes fijaron un nuevo plazo para realizar la liquidación del contrato por mutuo acuerdo. Adicionalmente, según lo señalado en el considerando 4 del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, en el acuerdo del 16 de junio de 2000 se pactó lo siguiente: *“Que en el evento de que las partes no logren el mutuo acuerdo para la liquidación del contrato, ambas se comprometen a que la liquidación del contrato se realizará mediante convocatoria de un tribunal de arbitramento en la forma y términos previstos en el contrato”*.

El segundo documento mencionado en el numeral primero del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento es uno fechado el 21 de octubre, mediante el cual, según lo establecido en el considerando 4 de la referida Acta de Acuerdo de Convocatoria, las partes prorrogaron nuevamente el plazo para liquidar el contrato y establecieron que *“todos los puntos contemplados en el documento de fecha 16 de junio quedan vigentes y entre otros el siguiente: “Que en el evento de que las partes no logren el mutuo acuerdo para la liquidación del contrato, ambas se comprometen a que la liquidación del contrato se realizará mediante convocatoria de un tribunal de arbitramento en la forma y términos previstos en el contrato”*”.

Folios 72 y 73 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

¹⁷ Folios 73 y 74 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

¹⁸ En el numeral segundo del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento las partes pactaron lo siguiente: *“REGLAS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: Que de acuerdo a lo expresado en la Cláusula Trigésimo Octava parágrafo único el tribunal presentará las siguientes reglas:*

“1. Las diferencias emanadas del Contrato de Concesión, serán resueltas por árbitros colombianos.

“2. Su fallo será siempre en Derecho.

“De igual manera y de mutuo acuerdo las partes convienen:

“3. La solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento se presentará ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, rigiéndose por el Reglamento Interno que dicho organismo posee.

“4. Los árbitros serán tres (3).

“5. Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la admisión de la demanda por parte de la Cámara de Comercio de Cali, cada una de las partes presentará una lista con tres (3) árbitros por ellas designados,

1.7. El 27 de abril de 2001 CISA presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali una demanda arbitral, en la que solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver sus pretensiones relativas al contrato GM-95-04-017 suscrito con el Departamento del Valle del Cauca¹⁹.

1.7.1. Las pretensiones planteadas por CISA en la demanda arbitral fueron las siguientes: (i) que se declarara la ocurrencia de hechos imprevistos, que no le eran imputables, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión GM-95-04-0017²⁰, o subsidiariamente, que se declarara el incumplimiento del contrato por parte del Departamento del Valle del Cauca²¹; (ii) que se condenara al Departamento del Valle del Cauca al pago de la totalidad de la inversión realizada por CISA, junto con la rentabilidad esperada sobre la misma, teniendo en cuenta para ello la oferta presentada, la ejecución del contrato y sus modificaciones, y de igual forma, se condenara al Departamento del Valle del Cauca al pago de los sobrecostos y perjuicios de todo orden que el referido rompimiento del equilibrio contractual (o subsidiariamente, incumplimiento contractual del Departamento del Valle del Cauca) le hubieren ocasionado a CISA²²; (iii) que se condenara al Departamento del Valle del Cauca al pago de los intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas liquidadas actualizadas que resulten a su cargo (bien por el reconocimiento del rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión o por el reconocimiento del incumplimiento del contrato por parte del Departamento del Valle del Cauca)²³; (iv) que se liquidara el contrato de

eligiéndose de la lista propuesta por la contraparte uno de los árbitros, siendo seleccionado el tercer árbitro por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. de su lista de árbitros, comprometiéndose cada una de ellas a su aceptación. PARAGRAFO: En el evento de que en las listas de árbitros presentadas inicialmente por las partes, existiere uno o varios nombramientos en común, automáticamente uno de ellos será designado como tercer árbitro y se procederá a la elección de los otros dos (2) árbitros por cada una de las partes de la lista restante propuesta por la contraparte, comprometiéndose cada una de ellas a su aceptación.

“6. La duración del proceso arbitral será de seis (6) meses contados desde la primer audiencia de trámite, plazo que podrá ser prorrogado por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo, sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que de común acuerdo las partes propongan en el proceso.

“7. Los costes derivados de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento así como los que se deriven de su desarrollo hasta el laudo arbitral final serán costeados a partes iguales entre la Gobernación del Valle del Cauca y el Concesionario, comprometiéndose ambas partes a proveer los fondos requeridos por el tribunal en forma, cantidad y plazo.

“8. En lo no regulado en este documento, el Tribunal de Arbitramento se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia”. Folios 74 y 75 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

¹⁹ Folios 1 al 129 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

El 18 de mayo de 2001 CISA reformó la demanda arbitral y modificó el capítulo referente a las pruebas documentales que se aportaban, correspondientes a la etapa precontractual. Folios 130 al 134 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

²⁰ Esta pretensión fue identificada en la demanda arbitral como la pretensión primera principal.

²¹ Esta pretensión fue identificada en la demanda arbitral como la pretensión subsidiaria a la pretensión primera principal.

²² Esta pretensión fue identificada en la demanda arbitral como la pretensión segunda principal.

²³ Esta pretensión fue identificada en la demanda arbitral como la pretensión tercera principal. Respecto a estos mismos hechos, CISA presentó tres pretensiones subsidiarias, una referente al reconocimiento de intereses comerciales desde la fecha de causación de la obligación de repago de la inversión realizada y de causación de los sobrecostos y perjuicios hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso; otra

concesión GM-95-04-0017²⁴; (v) que se ordenara al Departamento del Valle del Cauca dar cumplimiento al laudo arbitral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117 del Código Contencioso Administrativo²⁵ y (vi) que se condenara al Departamento del Valle del Cauca al pago de las costas del juicio y a las agencias en derecho²⁶.

1.8. El 23 de mayo de 2001 el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali admitió la demanda arbitral presentada por CISA contra el Departamento del Valle del Cauca²⁷.

1.8.1. El 24 de mayo de 2001 el Departamento del Valle del Cauca fue notificado de la admisión de la demanda arbitral presentada por CISA²⁸. Este departamento interpuso recurso de reposición contra esta decisión²⁹ dentro del término legal previsto para hacerlo³⁰.

1.8.2. En el recurso de reposición contra la admisión de la demanda arbitral, el Departamento del Valle del Cauca alegó lo siguiente:

“13. Nótese entonces que de conformidad con las estipulaciones legales, y con la interpretación transcrita, el primordial requisito para que las partes puedan acudir a la decisión arbitral, es que se haya

referente al reconocimiento de la actualización monetaria de las sumas reconocidas a su favor en el laudo arbitral, desde la fecha de causación de la obligación de repago de la inversión realizada y de causación de los sobrecostos y perjuicios hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso y que adicionalmente se ordenara pagar intereses legales doblados sobre el monto de los perjuicios (ya actualizado) y para el mismo periodo de tiempo; y la última, referente al reconocimiento de la actualización monetaria de las sumas reconocidas a su favor en el laudo arbitral, desde la fecha de causación de la obligación de repago de la inversión realizada y de causación de los sobrecostos y perjuicios hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso y que adicionalmente se ordenara pagar intereses legales sobre el monto de los perjuicios (ya actualizado) y para el mismo periodo de tiempo.

²⁴ Esta pretensión fue identificada en la demanda arbitral como la pretensión cuarta principal.

²⁵ Esta pretensión fue identificada en la demanda arbitral como la pretensión quinta principal.

²⁶ Esta pretensión fue identificada en la demanda arbitral como la pretensión sexta principal.

²⁷ Folio 135 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

²⁸ En el numeral 6 del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de tutela de primera instancia del proceso que se revisa, afirman los accionantes que el 24 de mayo de 2001 el Departamento del Valle del Cauca fue notificado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali de la solicitud presentada por CISA el 27 de abril de 2001 para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento. (Folio 350 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

De igual manera, en el numeral 11 del acápite de antecedentes de la demanda de tutela interpuesta por CISA el 25 de julio de 2002, a la que se hace referencia en el numeral 1.21. del acápite de hechos de esta sentencia, esta sociedad señala que el 24 de mayo de 2001 fue notificado personalmente el representante legal del Departamento del Valle del Cauca de la admisión de la demanda arbitral presentada por CISA. (Folio 123 del cuaderno principal número 1 del expediente del incidente de nulidad de la sentencia T-481 de 2005).

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, en la que resolvió el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento, señaló que la admisión de la demanda arbitral fue notificada al Departamento del Valle del Cauca el 24 de mayo de 2001. (Folio 277 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

²⁹ Folios 136 al 170 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³⁰ En constancia del 30 de mayo de 2001 la directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali ordenó que se agregara al expediente el recurso de reposición interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca contra la decisión de este Centro de Conciliación y Arbitraje de admitir la demanda arbitral presentada por CISA. (Folio 155 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611).

presentado o se presente entre ellas un conflicto susceptible de ser dirimido de esta forma.

“15. En cuanto a la LIQUIDACIÓN, reiteramos, no ha existido conflicto alguno, por cuanto ésta aún no se ha llevado a cabo, y ni siquiera intentado de mutuo acuerdo, ni de manera unilateral, tal como lo dispone la Ley 80 de 1993; procedimiento para el cual el Departamento cuenta con un término de DOS (2) AÑOS siguientes a la finalización del contrato.

(...)

“20. En mérito de lo expuesto, nos encontraríamos frente a un ACTO ILEGAL, de acudir al tribunal de arbitramento sin haberse intentado previamente la LIQUIDACIÓN DE MUTUO ACUERDO, y/o, habiéndose intentado y fracasado, sin haberle dado la oportunidad a la Administración de LIQUIDARLO UNILATERALMENTE; en cuyo caso, de presentarse conflicto o discrepancia sobre el contenido de ese acto sí procedería la convocatoria del tribunal de arbitramento.

(...)

“26. De ahí que no sea viable solucionar, a través de la Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, un conflicto QUE NO SE HA PRESENTADO frente a un acto que JAMÁS SE HA REALIZADO.

(...)

“En conclusión, itero, debe REVOCAR la admisión de la demanda y proceder a su rechazo de plano, puesto que carece de jurisdicción o de competencia para la liquidación de un contrato donde aún no han surgido discrepancias, conflictos, divergencias, controversias, altercados o litigios”³¹. (negrillas del texto original)

1.9. El 19 de junio de 2001 el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca contra la admisión de la demanda arbitral y decidió confirmar la admisión de la misma³².

³¹ Folios 143, 144, 148, 151, 153 y 154 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³² Folios 171 al 173 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

Al respecto, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali señaló en primer lugar que las alegaciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca en el recurso de reposición resultan ser “aspectos de fondo cuyo análisis y decisión constituyen el ejercicio de la actividad jurisdiccional que corresponde al Juez, en este caso al Juez Arbitral, quien es el único que puede abocar su conocimiento, y no al Centro de Conciliación y Arbitraje” (folio 172 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611). En segundo lugar, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali afirmó que la demanda arbitral presentada por CISA cumplía con los requisitos legales para que ésta fuera admitida, y al respecto hizo referencia a los artículos 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil y a la existencia de una cláusula compromisoria en el contrato GM-95-04-017. Respecto de ésta última hizo también referencia a su contenido. Al respecto, afirmó lo siguiente: “(...)la cláusula compromisoria consagrada en el contrato antes señalado y el acta de acuerdo de convocatoria a tribunal de arbitramento de fecha 22 de diciembre de

1.10. El 6 de julio de 2001 el Departamento del Valle del Cauca contestó la demanda arbitral³³, y presentó varias excepciones³⁴, entre las que incluyó una relativa a la de falta de jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver las pretensiones que le fueron planteadas.

1.10.1. Respecto de la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitramento convocado, el Departamento del Valle del Cauca señaló lo siguiente:

“Como se observa, mediante la cláusula compromisoria no se facultó a los árbitros para efectuar la liquidación final del contrato; por el contrario, en la misma minuta, en la Cláusula Trigésima Segunda³⁵, se estableció el procedimiento para su liquidación, la cual se debe hacer conforme a lo estipulado en los artículos 60 y 61 (de) la Ley 80/93. Es

2000 que hace parte de la presente solicitud-demanda arbitral y que se refiere al contrato de concesión GM-95-04-017 señalado consagra que, de mutuo acuerdo, las partes convienen que “la solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento se presentará ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, rigiéndose por el Reglamento Interno que dicho organismo posee””. (folio 173 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611).

En el numeral 12 del acápite de antecedentes de la demanda de tutela interpuesta por CISA el 25 de julio de 2002, a la que se hace referencia en el numeral 1.21. del acápite de hechos de esta sentencia, esta sociedad afirma que el 26 de junio de 2001 fue notificado personalmente el Departamento del Valle del Cauca, por conducto de su apoderada judicial, de la decisión adoptada por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali frente al recurso de reposición interpuesto por este departamento contra la admisión de la demanda arbitral presentada por CISA. (Folio 123 del cuaderno principal número 1 del expediente del incidente de nulidad de la sentencia T-481 de 2005).

³³ Folios 71 al 115 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

³⁴ Las excepciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca fueron las siguientes: (i) ineptitud de la demanda, (ii) poder insuficiente, (iii) falta de jurisdicción y competencia, (iv) transacción, (v) cobro de lo no debido, (vi) fuerza mayor o caso fortuito e (vii) incumplimiento del concesionario de sus obligaciones contractuales. Además de las anteriores excepciones, el Departamento del Valle del Cauca presentó otras dos, relacionadas con la cláusula compromisoria y con el Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento. Si bien en el memorial de contestación de la demanda las tituló: “En cuanto a la cláusula compromisoria” y “Del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento”, en el laudo arbitral el Tribunal de Arbitramento identificó estas dos excepciones en los siguientes términos: “ineficacia e invalidez de la cláusula compromisoria” e “Invalidez del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento”. (Folio 126 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611 que corresponde al folio 5 del laudo arbitral).

³⁵ A continuación la Corte Constitucional cita el texto de la cláusula trigésima segunda del contrato GM-95-04-017: “LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. Se procederá a la liquidación del contrato en cualquiera de los eventos previstos en el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Se procederá también a liquidarlo por vencimiento del plazo contractual y en los otros eventos señalados en la Ley. La liquidación del contrato por cualquier motivo, se hará por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, a través de la GERENCIA PARA MACROPROYECTOS Estratégicos de Infraestructura, o por quien él encargue por Resolución y por el CONCESIONARIO, previa la presentación de los documentos exigidos por el Departamento del Valle del Cauca a través de la Gerencia para Macroproyectos Estratégicos de Infraestructura. Para la entrega de estos documentos el CONCESIONARIO dispone del término de seis (6) meses contados a partir de la producción del evento que da lugar a la liquidación y EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA de seis (6) meses para efectuar de común acuerdo o en forma unilateral la liquidación del contrato. Este último plazo se contará desde la fecha de presentación de los documentos por el CONCESIONARIO. Si al vencerse este término el CONCESIONARIO no entrega los documentos completos, EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, a través de la GERENCIA PARA MACROPROYECTOS Estratégicos de Infraestructura hará la liquidación de oficio. Si el CONCESIONARIO se negare a suscribir el Acta Final de Liquidación lo hará el Interventor o quien haga sus veces, en los términos del Artículo 61 de la Ley 80/93. Cuando no hubiere acuerdo para liquidar el contrato se hará por medio de acto administrativo susceptible del Recurso de Reposición, por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, a través de la GERENCIA PARA MACROPROYECTOS de forma directa y unilateral”. Folios 40 y 41 del cuaderno de anexos número 6 del expediente T-980.611.

decir, en el mismo contrato se estableció, por voluntad de las partes y de la ley, un límite específico a la competencia del Tribunal de Arbitramento.

“También en el Acta por de la cual se dio por terminado el contrato por mutuo acuerdo, en la Cláusula Tercera, se ratificó lo establecido en el contrato acerca del acatamiento de los artículos 60 y 61 de la Ley 80/93 para la liquidación final del contrato.

(...)

[Haciendo referencia al Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento] *“Este acuerdo constituye un pacto arbitral y, tal como se expuso, la liquidación final del contrato quedó excluida expresamente de la cláusula compromisoria.*

(...)

[Haciendo referencia al Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento] *“Así se entienda que se trata de un nuevo pacto o que se trata de (una) ampliación de la cláusula compromisoria con una facultad no atribuida inicialmente, dicha estipulación está viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, porque conlleva la renuncia de una potestad legal otorgada al Departamento del Valle, en aras del interés público y por lo tanto no tiene carácter **transigible**.*

(...)

“El Tribunal de Arbitramento deberá declararse incompetente para conocer de la demanda por cuanto la jurisdicción arbitral no tiene dentro de sus facultades judiciales la potestad de liquidar el contrato; tampoco es competente para pronunciarse sobre las demás pretensiones de la demanda ya que por la misma solicitud de la demandante, éstas deben quedar incorporadas en la liquidación judicial del contrato y también por disposición del artículo 60 de Ley 80/93”³⁶. (negritas del texto original)

1.10.2. En el aparte correspondiente a la procedencia y la oportunidad de la demanda arbitral, el Departamento del Valle del Cauca reiteró en los siguientes términos la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitramento convocado:

“Me opongo a que se declare la viabilidad de la acción contractual, encaminada a que un Tribunal de Arbitramento efectúe la liquidación del contrato pues, tal como se expresa en la demanda, fue mediante el

³⁶ Folios 78, 79, 80, 81 y 87 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611.

Acta de Acuerdo del 22 de diciembre de 2000, que se pretendió conferir la jurisdicción y la competencia, a pesar de contravenir normas de derecho público y, además, por la ausencia de requisitos para la validez del pacto.

“Por disposiciones de las normas que rigen la contratación estatal, la liquidación del contrato la debe efectuar la entidad pública, bien sea con aceptación del contratista o en forma unilateral ante su renuncia. En todo caso, dicha potestad no puede trasladarse a los árbitros y por ello en caso de omisión de la entidad, es la Justicia de lo Contencioso Administrativo la competente, de conformidad con el art. 87, en concordancia con el art. 136, numeral 10, literal d, del Código Contencioso Administrativo (...)

“Con relación a los argumentos mediante los cuales se pretende demostrar que las pretensiones no contienen petición de nulidad de actos administrativos, me permito manifestar que la sola pretensión de (que) un Tribunal de Arbitramento sea el que liquide el contrato, así no se trate de cuestionar un acto administrativo, en realidad, se está pretendiendo despojar de la potestad legal para expedirlo, al Departamento, lo que implica una transgresión mayor. Además, no es posible desligar de la liquidación final del contrato las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento pleno de la inversión realizada, como las relativas a los daños y perjuicios, pues tal como se establece en el libelo, en la página 6, segundo párrafo: “pretensiones y pronunciamiento que deberán concretarse en la liquidación judicial del contrato, que igualmente se solicita”, y porque de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80/93 en la liquidación deben constar los ajustes, las revisiones, los reconocimientos a que haya lugar.

“No es cierto que El Departamento haya impedido al concesionario recuperar la inversión realizada o el supuesto equilibrio afectado, pues todo lo relacionado con las compensaciones al contratista quedó definido en el Acuerdo de Terminación Anticipada del Contrato, lo cual debe resultar de la liquidación a efectuar ya que mediante ese acto se concreta quién le debe a quién y cuánto, según los términos en que lo ha resumido el Consejo de Estado. Los plazos para efectuar la liquidación también fueron ampliados de común acuerdo”³⁷.

1.10.3. El Departamento del Valle del Cauca se opuso a cada una de las pretensiones planteadas por CISA. Frente a la pretensión cuarta principal, referente a que el Tribunal liquidara el contrato, señaló lo siguiente:

*“Con relación a la **Pretensión Cuarta Principal**, me opongo por falta de competencia del Tribunal **para elaborar la liquidación del contrato***

³⁷ Folios 88 y 89 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611.

estatal de obra pública No GM-95-04-017. Para hacerla tendrían que asumir potestades que competen al DEPARTAMENTO DEL VALLE las cuales son irrenunciables, intransferibles e intransigibles, por ser de orden público. Como esta competencia fue determinada específicamente en el pacto celebrado el 22 de diciembre, para convocar el Tribunal de Arbitramento y, me opongo, en consecuencia a todo lo que de su ejercicio pueda llegar a proferirse”³⁸. (negrillas del texto original)

1.11. Del 16 de julio de 2001 hasta el 31 de agosto de ese mismo año el proceso arbitral fue suspendido, dada una petición para tal efecto presentada de manera conjunta por el Departamento del Valle del Cauca y por CISA ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.³⁹

1.12. El 17 de septiembre de 2001 la Gobernación del Valle del Cauca⁴⁰ profirió la Resolución 095 de 2001 “*por medio de la cual se liquida unilateralmente el Contrato No GM-95-04-017 de 1995, suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la Firma Concesiones de infraestructura S.A. CISA*”⁴¹.

1.12.1. En el numeral segundo de la Resolución 095 de 2001, la Gobernación del Valle del Cauca estableció que el valor neto que el Departamento debía retribuirle a CISA, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017, era siete mil trescientos sesenta y cuatro millones cuatrocientos treinta y ocho mil setecientos noventa y nueve pesos (\$7.364.438.799 pesos)⁴², teniendo en cuenta (i) el nivel de ejecución del contrato, para el 21 de diciembre de 1999, fecha en la que fue terminado por mutuo acuerdo por las partes, (ii) la inversión de capital efectuada por CISA, (iii) la tasa interna de retorno pactada en el proyecto, aplicada durante el periodo comprendido entre la fecha en la que ingresaron los dineros de capital de riesgo a una de las fiduciarias del proyecto (29 de febrero 1996) y la fecha en la que se dio la reversión de la concesión (24 de abril de 2000), y (iv) la necesidad de efectuar una serie de descuentos para mantener el balance del contrato y de las sumas reconocidas a CISA, los cuales ascendieron a la suma de veintidós mil seiscientos diecisiete millones quinientos veinticinco mil novecientos treinta y dos pesos (\$22.617.525.932 pesos)⁴³.

³⁸ Folios 89 y 90 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611.

³⁹ Folio 2 del cuaderno de anexos número 3 del expediente T-980.611.

En la demanda de tutela interpuesta por CISA el 25 de julio de 2002 contra el Departamento del Valle del Cauca, a la que se hará mención en el numeral 1.21. de estos antecedentes, esta sociedad hace referencia a la citada suspensión del proceso arbitral. Al respecto afirma que ésta fue solicitada “*con el fin de propiciar a las partes un espacio para los acercamientos a que hubiere lugar antes de que se diera la instalación del Tribunal*” (Folio 125 del cuaderno principal número 1 del expediente del incidente de nulidad de la sentencia T-481 de 2005).

⁴⁰ La Resolución 095 de 2001 fue proferida por el gobernador del Departamento del Valle del Cauca para tal entonces, Germán Villegas Villegas y por el Secretario de Infraestructura Departamental, Francisco Eduardo Molina Narváez.

⁴¹ Folios 33 al 57 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

⁴² Folio 53 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 21 de la Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, proferida por la Gobernación del Valle del Cauca.

⁴³ *Ibíd.*

Respecto a los mencionados descuentos, la Gobernación del Valle del Cauca señaló en la Resolución 095 de 2001 que los siguientes conceptos serían deducidos de la suma de dinero que se le reconocería CISA: (i) valores que se encuentran en los fideicomisos del proyecto y la rentabilidad de los mismos (\$4.543'851.517 pesos)⁴⁴, (ii) *“el valor del anticipo pendiente por amortizar, \$1.769'216.933 a diciembre de 1998 y cedido por el concesionario al constructor (...)”* y la rentabilidad sobre el mismo, de acuerdo con la TIR del proyecto⁴⁵, (iii) los valores pagados por la Gobernación del Valle a la interventoría del proyecto, y la rentabilidad sobre éstos, de acuerdo con la TIR del proyecto (\$2.018'935.170 pesos)⁴⁶ y (iv) *“los valores en proceso de pago por parte de la Gobernación a la Interventoría por \$219'718.850 y por el pago de un lote en CAVASA, \$314'472.000 (...)”*⁴⁷. De igual manera señaló que en el proyecto hubo excesos en los costos y que éstos también le serían descontados a CISA. Al respecto, afirmó lo siguiente: *“El valor ejecutado del proyecto \$29.556'316.795, a pesos de diciembre de 2000, se comparó con los gastos totales del concesionario, efectuados durante el periodo Febrero 29 de 1996 a Abril 24 de 2000, originados en los flujos de caja presentados por los fideicomisos. Estos desembolsos deberían equivaler a una suma similar al valor ejecutado. Sin embargo, evaluando el valor presente neto de esos desembolsos a la TIR estimada del proyecto, se encontraron diferencias en exceso por valor de \$10.955'259.107, que también son deducidas del valor a retribuir (...)”*.⁴⁸

1.12.2. En los considerandos de la Resolución 095 de 2001 la Gobernación del Valle del Cauca hizo referencia al Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, suscrita por las partes del contrato el 22 de diciembre de 2000, y a la demanda de convocatoria de tribunal de arbitramento, presentada por CISA con anterioridad a haberse proferido la citada Resolución 095 de 2001.

Al respecto señaló lo siguiente:

“32. Que con fecha Diciembre 22 de 2000 se suscribió Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, donde se manifiesta que no se logró consenso para efectos de la liquidación de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No GM-95-04-017.

⁴⁴ Folios 48 y 52 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 16 y 20 de la Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, proferida por la Gobernación del Valle del Cauca.

⁴⁵ Folio 48 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 16 de la Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, proferida por la Gobernación del Valle del Cauca.

⁴⁶ Folios 48 y 53 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 16 y 21 de la Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, proferida por la Gobernación del Valle del Cauca.

⁴⁷ Folios 49 y 53 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 17 y 21 de la Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, proferida por la Gobernación del Valle del Cauca.

⁴⁸ Folio 51 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 19 de la Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, proferida por la Gobernación del Valle del Cauca.

“33. Que con fundamento en lo anterior, la Firma CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A., a través de su apoderada, presentó ante la Cámara de Comercio de Santiago de Cali, Demanda de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, con el propósito de dirimir las diferencias consignadas en el texto del documento.

“34. Que se suscribió “Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento” sin tener en cuenta para el efecto la facultad legal otorgada a las entidades estatales, en este caso al Departamento del Valle del Cauca, para liquidar unilateralmente los contratos cuando el contratista no se presenta a liquidación o las partes no llegan a acuerdo alguno.

“35. Que se pretende por tanto desconocer esa potestad; poderío que no constituye asunto de carácter transigible, lo cual implica que no puede ser definido por un Tribunal de Arbitramento.

“36. Que de conformidad con la normatividad legal y con la interpretación jurisprudencial, el Departamento se encuentra dentro de término para proceder a la liquidación unilateral.

“37. Que sobre el asunto se pronunció el Consejo de Estado en Providencia de diciembre 1 de 1999, con ponencia del Consejero Dr. Augusto Trejos Jaramillo, afirmando:

“En el evento en que no se proceda a la liquidación dentro de los términos previstos por el artículo 60 citado y transcurran los dos años “siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”, sobre caducidad de la acción contractual a que se refiere el C.C.A., art. 136, numeral 10 letra d), la Administración pierde la competencia para proceder a la misma.

“Dentro de una interpretación finalista del Estatuto de Contratación Administrativa, y de la norma del derecho común, no debe aceptarse a la luz de la lógica jurídica que un contrato quede sin posibilidad de liquidarse y de conocerse la realidad económica de los extremos contratantes, por lo menos antes del vencimiento del término de caducidad de la acción contractual respectiva.

(...)

“SE RESPONDE:

“1. La Administración puede liquidar un contrato antes del vencimiento del término de caducidad de la acción contractual (...)

“38. Que en este orden de ideas, la Administración Departamental se encuentra dentro del plazo permitido para proceder a Liquidar de manera unilateral el Contrato GM-95-04-017 celebrado con la Firma de Concesiones de Infraestructura S.A.”⁴⁹.

1.13. El 28 de septiembre de 2001 la Resolución 095 de 2001 fue notificada mediante edicto⁵⁰.

1.14. El 23 de octubre de 2001 CISA presentó recurso de reposición contra la Resolución 095 de 2001, mediante la cual la Gobernación del Valle del Cauca liquidó unilateralmente el contrato GM-95-04-017⁵¹.

1.15. El trámite arbitral continuó y el 21 de noviembre de 2001 se realizó la audiencia de conciliación prearbitral, pero en ésta las partes no llegaron a ningún acuerdo⁵².

1.16. El 8 de febrero de 2002 se instaló el Tribunal de Arbitramento para resolver la demanda arbitral presentada por CISA. El 15 de marzo de 2002 se realizó la primera audiencia de trámite. En ésta el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para decidir acerca de las pretensiones que fueron planteadas por CISA en la demanda arbitral⁵³.

⁴⁹ Folios 44 al 46 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 12 al 14 de la Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, proferida por la Gobernación del Valle del Cauca.

⁵⁰ En el numeral 2 del acápite titulado *“Hechos que configuran la violación a los derechos fundamentales de CISA”* de la demanda de tutela interpuesta por esta sociedad el 25 de julio de 2002, a la que se hace referencia en el numeral 1.21. del acápite de hechos de esta sentencia, esta sociedad señala que la Resolución 0095 del 17 de septiembre de 2001 le fue notificada mediante edicto fijado en la Gobernación del Valle del Cauca el 28 de septiembre de 2001 y que fue desfijado el 12 de octubre de ese mismo año. (Folio 128 del cuaderno principal número 1 del expediente del incidente de nulidad de la sentencia T-481 de 2005).

Al respecto, el Tribunal de Arbitramento señaló en el Auto No 20 del 31 de mayo de 2002 que junto con la contestación de la demanda, el Departamento del Valle del Cauca anexó como prueba *“el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato contenido en la Resolución número 0095 de 17 de septiembre de 2001 así como copia de la fijación y desfijación del edicto por el cual se notificó la Resolución anterior a Concesiones de Infraestructuras S.A. (Folios 207 y 227 al 257 del cuaderno 2-3)”*. (Folio 99 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611).

⁵¹ Folios 12 al 19 del cuaderno de anexos número 16 del expediente T-980611.

⁵² Folios 8 al 10 del cuaderno de anexos número 11 del expediente T-980611.

⁵³ Al respecto, el Tribunal de Arbitramento señaló lo siguiente:

“Examinadas en conjunto los anteriores convenios sobre la Cláusula Compromisoria, resulta evidente que el Tribunal de Arbitramento es competente para conocer no sólo de la liquidación del Contrato de Concesión sino de las demás diferencias “que se susciten en relación con el contrato”.

“Obsérvese que en el punto primero del Acuerdo se dijo que la liquidación constituiría una de las pretensiones que se sometería a la decisión del Tribunal de Arbitramento, lo cual significa que la liquidación no es el único tema de la controversia y que las demás pretensiones derivadas de diferencias con relación al Contrato de Concesión también son del conocimiento y de la competencia del Tribunal. Además, la Cláusula Compromisoria del Contrato de Concesión así como los puntos primero y segundo del Acuerdo de 22 de Diciembre de 2000 son convenios que habilitan a los árbitros para conocer de las diferencias que surjan del Contrato de Concesión, entre las cuales se encuentra incluida la liquidación del mismo.

“Las controversias contractuales planteadas en la demanda, apuntan a que se declare que circunstancias imprevistas no imputables al contratista dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato y por ende se restablezcan los derechos del concesionario, junto con el pago de los intereses moratorios, e intereses comerciales por los sobrecostos y perjuicios, así como la liquidación del contrato; materias todas de naturaleza patrimonial, económica y contenido concreto susceptibles de disposición y transacción por los sujetos contractuales.

1.16.1. En la primera audiencia de trámite, el Departamento del Valle del Cauca interpuso recurso de reposición contra la decisión del Tribunal de Arbitramento de declararse competente para conocer de las pretensiones que le fueron planteadas por CISA en la demanda arbitral⁵⁴. Durante esta audiencia, el Tribunal de Arbitramento resolvió el referido recurso de reposición y confirmó la decisión que había adoptado sobre su propia competencia⁵⁵.

“Las controversias planteadas en la demanda son susceptibles de transacción, en consideración a que la ley no ha prohibido la transacción ni el arbitramento para ponerle fin a una diferencia que surja entre las partes con respecto a un contrato estatal.

(...)

“Fundamentado el Tribunal en las anteriores consideraciones RESUELVE: Declarar que el Tribunal de Arbitramento es competente para conocer y decidir en derecho, mediante el presente proceso arbitral, la demanda presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el 27 de abril de 2001, reformada mediante escrito presentado ante el mismo Centro el 18 de mayo de 2001, por CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.A. –CISA contra el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA”. Folios 14, 15 y 17 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 8, 9 y 11 del Acta No 2 del Tribunal de Arbitramento. El Tribunal de Arbitramento adoptó la decisión sobre su propia competencia mediante el Auto No 2 del 15 de marzo de 2002. Este fue publicado en el Acta No 2.

⁵⁴ En el referido recurso de reposición (folios 28 al 30 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611), el Departamento del Valle del Cauca presentó los siguientes argumentos sobre la competencia del Tribunal:

(i) el Tribunal de Arbitramento carece de competencia para liquidar el contrato GM-95-04-017 porque en éste se estableció que su liquidación sería realizada de acuerdo con las normas de la Ley 80, “*excluyéndola expresamente de someterla a la cláusula compromisoria, por cuanto la liquidación final de los contratos del Estado es una potestad que la Ley le otorga a las entidades públicas para que pongan fin a una relación contractual y se sepa exactamente cuál es el valor y las obligaciones a cargo de las partes mediante este acto*”. (Folio 28 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611)

(ii) La potestad del Estado para liquidar un contrato administrativo no es un tema sujeto a transacción. (Folio 28 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611)

(iii) Existe una relación inescindible entre la pretensión relativa a la liquidación del contrato y las demás pretensiones presentadas por CISA. Por tal razón, la incompetencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre la primera pretensión mencionada, lo imposibilita para conocer del resto de las pretensiones. Este argumento fue presentado por el Departamento del Valle del Cauca en los siguientes términos: “*No es posible tampoco aceptar que los jueces, así sea la justicia arbitral puedan escindir el conocimiento de las pretensiones y de las excepciones, el Departamento del Valle desde que contestó la demanda se ha opuesto a que la liquidación final del contrato sea conocida por un Tribunal de Arbitramento, sea elaborada o corregida, por tal razón, no podría tampoco el Tribunal pronunciarse de las demás pretensiones dejando a un lado la liquidación final del contrato (...)*”. (Folio 29 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611).

⁵⁵ Frente a las alegaciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca en el recurso de reposición, el Tribunal de Arbitramento señaló lo siguiente:

“En el análisis de la competencia para conocer de la controversia relacionada con la liquidación de un contrato, el Tribunal debe limitarse a establecer si de acuerdo con la ley y con el pacto arbitral puede conocer y decidir de esa controversia. Este análisis no puede involucrar un pronunciamiento sobre la liquidación misma, es decir, si la liquidación la va a efectuar el Tribunal en desarrollo de la pretensión ejercida en la demanda, pues estas son cuestiones de fondo que se deciden en el Laudo.

“El Tribunal se ha declarado competente porque el artículo 70 de la ley 80 de 1993 autoriza expresamente que, mediante la cláusula compromisoria, se someta a la decisión de árbitros las diferencias que puedan surgir por razón de la liquidación de un contrato. Con este fundamento legal, las partes, tanto en la cláusula compromisoria como en el acuerdo para convocatoria a un Tribunal, habilitan a los árbitros para conocer entre otras pretensiones de la liquidación del contrato celebrado entre el Departamento del Valle y Concesiones de Infraestructuras S.A.-CISA. Lo anterior significa que el Tribunal no puede entrar a considerar el argumento presentado por la apoderada de la parte convocada sobre la facultad que tenga el Departamento del Valle para liquidar el contrato o si éste está ya liquidado en virtud de un acto unilateral de la misma entidad.

“Con relación al argumento de que en el contrato de concesión se ha convenido la liquidación unilateral por parte del Departamento del Valle del Cauca y los plazos y términos en que debe hacerse la liquidación, basta considerar que las mismas partes en el acuerdo de convocatoria a Tribunal de Arbitramento pactaron que se

1.17. El 25 de abril de 2002 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Susana Montes de Echeverri, resolvió la consulta número 1417, que le fue formulada por el Ministro del Interior, por petición del Gobernador del Valle del Cauca, con relación al contrato GM-95-04-0017 y a la competencia del Gobernador para liquidarlo.

1.17.1. Según lo señala la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, las preguntas que le fueron formuladas por el Ministro del Interior, por petición del Gobernador del Valle del Cauca, fueron las siguientes:

“1. Es procedente la liquidación unilateral del contrato, en los términos expuestos en este escrito? Cualquiera que sea el sentido de esta respuesta, ruego al H. Consejo de Estado explicar sus fundamentos y las consecuencias jurídicas de la liquidación unilateral del contrato de concesión N° GM95-04-017 en las condiciones narradas en este escrito.

“2. Estando en trámite la vía gubernativa, esto (sic), estando pendiente de resolverse por la Gobernación del Valle del Cauca el recurso de reposición interpuesto por la sociedad concesionaria CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. contra la Resolución N° 0095 del 17 de septiembre de 2001, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de concesión N° GM-95-04-017 de octubre 4 de 1.995. sería procedente que las partes liquidaran bilateralmente el contrato de concesión N° GM-95-04-017?

“3. Si la respuesta anterior fuera afirmativa, debe el departamento del Valle del Cauca, revocar previamente la Resolución N° 0095 del 17 de septiembre de 2001, mediante la cual liquidó unilateralmente el contrato estatal de concesión N° GM-95-04-017 de octubre 43 de 1.995, para proceder a la liquidación bilateral del contrato?

“4. Dado el caso que el H. Consejo de Estado considerara procedente la liquidación bilateral del contrato de concesión GM-95-04-017 de octubre 4 de 1.995 en los términos planteados en las preguntas 2 y 3 anteriores, tal liquidación sería asimilable a una conciliación?”⁵⁶.

1.17.2. Para resolver la consulta número 1417, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expuso una serie de consideraciones respecto a los interrogantes que le fueron formulados y en el aparte final del concepto, respondió de la siguiente manera cada una de las citadas preguntas que le

someterían a Tribunal de Arbitramento las diferencias relacionadas con la liquidación del contrato, diferencias que como se dijo antes pueden someterse a arbitramento según lo dispuesto en el artículo 70 de la ley 80 de 1993”. Folios 17 y 18 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 11 y 12 del Acta No 2 del Tribunal de Arbitramento.

⁵⁶ Folios 122 y 123 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

fueron formuladas por el Ministro del Interior, por petición del Gobernador del Valle del Cauca:

“Con base en las anteriores consideraciones, la Sala responde las preguntas formuladas, así:

“1. No es procedente la liquidación del contrato en los términos expuestos en la consulta formulada a la Sala por el Señor Ministro de Gobierno, pues, de una parte, existía acuerdo expreso para solicitar al juez del contrato (Tribunal de Arbitramento) su liquidación y tal acuerdo es obligatorio para las partes que lo han suscrito y, de otra, desde varios meses antes de la expedición del acto administrativo unilateral de liquidación del contrato GM-95-04-017 de 1.995, la Gobernación del Valle del Cauca había perdido competencia temporal para expedirlo pues había sido notificado el auto de admisión de la demanda arbitral.

“2. Sí es viable jurídicamente que durante el trámite de un recurso de reposición contra el acto administrativo de liquidación unilateral de un contrato administrativo se revoque tal decisión unilateral para dar paso a la liquidación por acuerdo mutuo de las partes, máxime en el caso concreto sometido a consideración de la Sala, pues, como se explicó, a juicio de la Sala, aparece demostrada una de las causales de anulación de los actos administrativos, señaladas por el artículo 84 del C.C.A.

“3. De conformidad con el relato de los sucesos incluido en la consulta, resulta claro que, cuando se expidió la resolución 096, proferido por la Gobernación del Valle del Cauca el 17 de septiembre de 2001 en relación con el contrato de concesión GM-95-04-017 de 1.995, ya había sido admitida la demanda arbitral instaurada por el Concesionario en desarrollo y cumplimiento del acuerdo celebrado y vigente y, por consiguiente, ésta había perdido competencia para proferirlo.

“Ejecutoriada la decisión de revocar la resolución citada, puede lograrse un acuerdo entre las partes para realizar la liquidación bilateral del contrato y proceder luego al desistimiento del pleito; o puede efectuarse el acuerdo dentro de un proceso de conciliación ante el juez que conoce del proceso; o, finalmente, previa la celebración de un contrato de transacción entre las partes, se podrá pedir al juez la terminación del proceso por transacción del mismo.

“4. No. Cada institución jurídica tiene su naturaleza especial y específica y, por lo mismo, no son asimilables, aun cuando sus efectos prácticos y económicos sean iguales”⁵⁷.

⁵⁷ Folios 133 y 134 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

1.18. El 25 de junio de 2002, mediante la Resolución 209 de 2002⁵⁸, la Gobernación del Valle del Cauca⁵⁹ negó el recurso de reposición interpuesto por CISA contra la Resolución 095 de 2001, mediante la cual, la Gobernación de este departamento liquidó unilateralmente el contrato GM-95-04-017.

En la Resolución 209 de 2002, la Gobernación del Valle del Cauca confirmó en todas sus partes a la Resolución 095 de 2001 y adoptó medidas para efectos de cancelarle a CISA los valores establecidos en la liquidación del contrato⁶⁰.

1.19. El 8 de julio de 2002 la Resolución 209 de 2002 fue notificada mediante edicto⁶¹.

1.20. El 25 de julio de 2002 CISA interpuso una acción de tutela contra el Departamento del Valle del Cauca por considerar que con la expedición de las Resoluciones 095 de 2001 y 209 de 2002 (mediante las cuales liquidó unilateralmente el contrato GM-95-04-017), la Gobernación de este departamento vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la justicia y solicitó como pretensión, que se ordenara al Gobernador del Valle del Cauca que revocara las referidas resoluciones⁶².

Para CISA, la violación de los citados derechos fundamentales se configuraba por las siguientes razones:

“Con la expedición de los actos administrativos mencionados, el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca busca, de modo arbitrario e irregular, dejar sin efectos el pacto arbitral que facultó a CISA para solicitar la convocatoria del Tribunal de Arbitramento que actualmente conoce de la demanda admitida de modo definitivo el 19 de junio de 2001, en la que esta sociedad incluyó como parte de sus pretensiones principales, la liquidación del Contrato de Concesión GM-95-04-017. En efecto, habiendo liquidado administrativamente el contrato, mediante acto administrativo que lleva implícita la presunción

⁵⁸ Folios 58 al 64 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

⁵⁹ La Resolución 209 de 2002 fue proferida por el gobernador del Departamento del Valle del Cauca para tal entonces, el señor Germán Villegas Villegas.

⁶⁰ Al respecto, en el párrafo del artículo primero de la Resolución 209 de 2002, la Gobernación del Valle del Cauca estableció lo siguiente: “Para efectos de la cancelación de los valores confirmados por la presente resolución, el Departamento del Valle del Cauca adelantará los respectivos trámites presupuestales, para lo cual acudirá a través del Codfis, con el fin de que mediante vigencias futuras se sufrague esta obligación”. Folios 63 y 64 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 6 y 7 de la Resolución 209 del 25 de junio de 2002, proferida por la Gobernación del Valle del Cauca.

⁶¹ En el numeral 9 del acápite titulado “Hechos que configuran la violación a los derechos fundamentales de CISA” de la demanda de tutela interpuesta por esta sociedad el 25 de julio de 2002, a la que se hace referencia en el numeral 1.21. del acápite de hechos de esta sentencia, esta sociedad señala que la Resolución 209 del 25 de junio de 2002 le fue notificada mediante edicto fijado en la Gobernación del Valle del Cauca el 8 de julio de 2002 y que fue desfijado el 19 de julio de ese mismo año. (Folio 132 del cuaderno principal número 1 del expediente del incidente de nulidad de la sentencia T-481 de 2005).

⁶² Copia de la referida demanda de tutela interpuesta por CISA contra el Departamento del Valle del Cauca reposa en los folios 121 al 144 del cuaderno principal número 1 del expediente del incidente de nulidad de la sentencia T-481 de 2005.

de legalidad, el Gobernador impide que tal liquidación sea efectuada por el Tribunal de Arbitramento, al que le sustrae su competencia.

“Esta actuación constituye una evidente VÍA DE HECHO, con la cual ha violado el derecho fundamental al debido proceso de CISA, consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta Política”⁶³.

Respecto a la procedencia de la acción de tutela interpuesta, CISA señaló que si bien contaba en la jurisdicción contenciosa administrativa con acciones judiciales para controvertir la legalidad de las resoluciones acusadas, tales acciones resultaban ineficaces, si se tenía en cuenta que tardarían un término de tiempo mayor al de la duración pactada del Tribunal de Arbitramento convocado.

1.21. EL 14 de agosto de 2002 el Juzgado 1° Civil del Circuito de Cali negó en primera instancia la acción de tutela interpuesta por CISA, por considerar que existían otros mecanismos de protección judicial. Frente a esta decisión, CISA presentó recurso de apelación⁶⁴.

1.22. El 23 de septiembre de 2002 la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, actuando como juez de tutela de segunda instancia, confirmó la sentencia del Juzgado 1° Civil del Circuito de Cali y negó la acción de tutela.

1.22.1. La Sala Civil del Tribunal Superior de Cali señaló lo siguiente como fundamento de su decisión:

“Se observa en esta controversia, que la discusión planteada toca en lo referente a un contrato celebrado entre la accionante y la accionada, donde no llegándose a una liquidación por mutuo acuerdo, convinieron que fueran árbitros los encargados de resolver la liquidación del acto jurídico regido bajo los principios de la Ley 80 de 1993. Está plenamente comprobado, que el Tribunal de Arbitramento encargado de resolver el asunto de la liquidación del contrato, asumió la competencia para tramitar la cuestión planteada (folios 6 a 9) y que en el momento actual se encuentra tramitando dicho asunto, razón por la cual no se ve ningún desconocimiento por parte del Departamento del Valle del Cauca de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y de defensa, ya que será en dicho estanco procesal donde habrán de dilucidarse las respectivas conclusiones respecto de la liquidación del contrato.

(...)

⁶³ Folios 132 y 133 del cuaderno principal número 1 del expediente del incidente de nulidad de la sentencia T-481 de 2005.

⁶⁴ Folios 65 al 70 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

“Si bien es cierto, la administración utilizó la liquidación unilateral del contrato, por medio de las resoluciones de marras, no se ve en que forma las mismas están afectando los derechos constitucionales fundamentales de la entidad accionante (debido proceso, derecho de defensa, derecho al acceso a la administración de justicia), ya que muy bien se dejó sentado por la H. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (folios 263 a 278), que cuando el operador judicial admite la demanda con anterioridad a la liquidación practicada por la administración, la entidad gubernamental pierde competencia para realizar dicha liquidación, o sea, que así la administración hubiese echado mano de dicha figura (en forma anómala por demás), lo anterior no implica que el Tribunal de Arbitramento legalmente conformado, pierda competencia para resolver la cuestión ante él planteada.

“En este orden de ideas, existiendo una autoridad judicial (Árbitros del Tribunal de Arbitramento, artículo 116 inciso 4 de la Constitución Política) con competencia suficiente para tutelar los derechos de la entidad accionante, y contándose así mismo con el canal procesal pertinente para discutir dicha controversia (proceso arbitral), no se cumpliría el requisito de subsidiariedad que faculta al juez constitucional para entrar a decidir la cuestión planteada por la vía traída en el artículo 86 de la Carta Política.

“Igualmente, tampoco demostró la entidad accionante, un perjuicio irremediable que estuviera sufriendo con la actuación de la administración, sino que su discurso levitó en meras hipótesis, lo cual no tiene la entidad suficiente como para pretender la intervención del juez constitucional.

“El hecho que la administración haya utilizado la liquidación unilateral del contrato, no priva al Tribunal de Arbitramento para decidir la situación ante él planteada, toda vez que antes de hacerse uso de dicha facultad, la autoridad jurisdiccional ya había admitido la demanda lo cual priva a la administración de la competencia para efectuar dicha liquidación; esa anómala actuación de la administración no tiene la fuerza necesaria para truncar la decisión que un momento dado llegue a proferir el particular investido de funciones judiciales, en este especial asunto (Tribunal de Arbitramento), lo cual pone de presente que los derechos fundamentales de la entidad accionante al debido proceso, al derecho de defensa y al acceso a la administración de justicia se encuentran tutelados por el organismos constituido para desatar la litis de la liquidación”⁶⁵

1.22.2. Esta sentencia de tutela no fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional.

⁶⁵ Folios 138 al 140 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

1.23. El 24 de abril de 2003 el Tribunal de Arbitramento dictó el laudo arbitral⁶⁶. En éste se declaró que ocurrieron circunstancias imprevistas que rompieron el equilibrio económico del contrato GM-95-04-017⁶⁷, y como consecuencia de ello, el Departamento del Valle del Cauca debía pagarle a CISA la suma de quince mil doscientos catorce millones trescientos diez y nueve mil doscientos veintiocho pesos (\$15.214'319.228 pesos)⁶⁸, por concepto de inversión o capital no recuperado, a diciembre 31 de 1999⁶⁹.

1.23.1. De igual manera, el Tribunal de Arbitramento reconoció a CISA la suma de cinco mil quinientos veintiocho millones novecientos ochenta y tres mil seiscientos cuarenta y seis pesos (\$5.528'983.646 pesos) por concepto de intereses sobre el capital no recuperado, a la tasa establecida en el contrato, liquidados entre el 1° de enero de 2000 y el 24 de abril de 2003 (fecha en la que fue proferido el laudo arbitral)⁷⁰.

1.23.2. El Tribunal de Arbitramento negó las pretensiones planteadas por CISA en la demanda arbitral, relativas (i) al reconocimiento y pago de sobre costos y de perjuicios⁷¹, (ii) al pago de intereses moratorios o comerciales sobre las sumas que le fueran reconocidas por concepto de inversión o capital no recuperado⁷², (iii) al pago de la actualización monetaria sobre el capital no recuperado que le fuera reconocido por el Tribunal de Arbitramento⁷³ y (iv) a que el Departamento del Valle del Cauca fuera condenado en las costas del proceso arbitral⁷⁴.

⁶⁶ Folios 122 al 191 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 1 al 70 del laudo arbitral.

⁶⁷ Esta decisión está contenida en el numeral tercero de la parte resolutive del laudo. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral.

⁶⁸ La suma de quince mil doscientos catorce millones trescientos diez y nueve mil doscientos veintiocho pesos (\$15.214'319.228 pesos) reconocida por el Tribunal de Arbitramento a CISA, resulta de descontar de la inversión o capital no recuperado por CISA, a diciembre 31 de 1999, las sumas de dinero que para la fecha en la que fue proferido el laudo permanecían en los fideicomisos del proyecto y que ascendían a la suma de \$2.785'482.311 pesos. Folio 175 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 54 del laudo arbitral.

⁶⁹ Esta decisión está contenida en el numeral cuarto de la parte resolutive del laudo. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral.

⁷⁰ Esta decisión está contenida en el numeral quinto de la parte resolutive del laudo. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral.

⁷¹ Esta decisión está contenida en el numeral cuarto de la parte resolutive del laudo. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral.

⁷² Esta decisión está contenida en el numeral quinto de la parte resolutive del laudo. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral.

⁷³ Esta decisión está contenida en el numeral cuarto de la parte resolutive del laudo. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral. El Tribunal de Arbitramento negó la pretensión de CISA de que se le reconociera la actualización monetaria sobre el capital no recuperado, por considerar que en el contrato de concesión no se previó que, además de reconocer una tasa de interés, se aplicara la actualización monetaria (Folio 57 del laudo arbitral, que corresponde al folio 178 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

⁷⁴ Esta decisión está contenida en el numeral séptimo de la parte resolutive del laudo. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral.

1.23.3. La pretensión cuarta principal de la demanda, referente a que el Tribunal de Arbitramento liquidara el contrato GM-95-04-017⁷⁵, también fue denegada en el laudo⁷⁶.

Al respecto, en la parte motiva del laudo, el Tribunal de Arbitramento señaló lo siguiente:

“Como pretensión Cuarta Principal, la Parte Convocante solicitó la liquidación del contrato de concesión.

“A este respecto el Tribunal recuerda que el tema de la liquidación de los Contratos Estatales está reglamentado en los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993, según los cuales “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

(...)

“En el presente caso el Departamento del Valle, liquidó unilateralmente el Contrato GM-95-04-017 de 1995, mediante acto administrativo motivado, que fue recurrido oportunamente por la Parte Convocante, el cual surtido el trámite respectivo fue confirmado por el Departamento.

“Si bien la Parte Convocante aduce que el Departamento carecía de competencia para practicar la Liquidación, por haberse presentado la demanda o solicitud de convocatoria y estar trabada la litis con anterioridad a la expedición del acto, no es menos cierto que la Parte Convocada allegó copia de dicho acto administrativo al proceso, e igualmente la misma Parte Convocante exigió en la diligencia de Inspección Judicial que ese documento se exhibiera y agregara al expediente, lo que en efecto sucedió, pudiendo el Tribunal enterarse de la situación administrativa existente.

“Como existe la prueba de que el contrato se liquidó unilateralmente, a través de un acto administrativo, su existencia implica que el Tribunal no puede liquidarlo, situación distinta sería que el contrato no se hubiera liquidado unilateralmente porque en ese caso tendría aplicación

⁷⁵ La pretensión cuarta principal fue formulada por CISA en la demanda arbitral en los siguientes términos: *“que se liquide el contrato estatal de concesión No GM-95-04-0017 celebrado el 4 de octubre de 1995 por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA con la sociedad CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. – CISA”*. Folio 11 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

⁷⁶ Esta decisión está contenida en el numeral sexto de la parte resolutive del laudo. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral.

el artículo 44, literal d) de la ley 446 de 1998 que señala que el Juez puede liquidar un contrato estatal, en este caso debe entenderse que el árbitro es un Juez facultado legal y constitucionalmente en forma temporal para administrar justicia.

“Como se adujo en el tema relativo a la Competencia de este Tribunal, los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, regulan los alcances de la Cláusula Compromisoria en los contratos estatales para someter a decisión arbitral las diferencias surgidas por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación de los contratos, sin embargo, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado en el sentido de excluir de la competencia de los Tribunales de Arbitramento asuntos tales como:

- Las materias no susceptibles de transacción.*
- Los asuntos relacionados con la Cláusulas excepcionales sobre Interpretación, Modificación, Terminación unilaterales del contrato, así como la de Caducidad del Contrato y sus efectos; La Reversión; Multas por Decisión Unilateral de la Administración y en general todo acto que proviene de la ley más que del contrato mismo.*
- La suspensión provisional de actos administrativos.*

“Sin perjuicio de las consideraciones hechas en este Laudo relativas al tema de la competencia arbitral, el Tribunal recalca que el hecho de asumir Competencia, faculta al Tribunal de arbitramento para estudiar las pretensiones de la demanda, y no necesariamente para despacharlas favorablemente. En este caso el Tribunal asumió competencia para estudiar la viabilidad de declarar la pretensión de liquidación del contrato, pero no para liquidar necesaria y obligatoriamente, pues si las pruebas recaudadas lo llevan a una convicción diferente está en su deber de no acceder a la petición impetrada de liquidación.

“Todos aquellos asuntos relativos a la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para confrontar y decidir, sobre la legalidad de actos administrativos relacionados con los contratos estatales, incluso los que se producen en los contratos estatales con la calidad subsidiaria de una solución principal que no se pudo obtener de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 61 de la ley 80 de 1993, no son susceptibles de pronunciamiento alguno por parte de la Justicia Arbitral como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-1436 de 2000, el hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente de la cual dimana el poder para expedirlos, sino que esa fuente radica únicamente en la ley. Esta conclusión ha sido reiterada en sentencias de la Corte Constitucional C-371 de 1994; C-496 de 1994; C-065 de 1997 y C-44 de 1998.

“Para el Tribunal, cuando no puede hacerse la liquidación bilateral por las partes, ya sea porque el contratista no se presenta o ya sea porque no pudo llegarse a un acuerdo sobre el contenido de la misma se puede proceder a efectuar la liquidación unilateral y directa como medio sustitutivo de aquella. Esa Liquidación Unilateral debe hacerse por acto administrativo motivado. Tal acto es susceptible del Recurso de Reposición y, desde luego sometido al control de legalidad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es la llamada a calificar si se sujeta al orden jurídico y si ha existido el respeto por las garantías y los derechos de los administrados.

“Al respecto la Corte Constitucional dijo: “Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral”. (Sentencia C-1436 de Octubre 25 de 2.000, Sala Plena, Corte Constitucional).

“Por todo lo manifestado el Tribunal dictará el laudo teniendo en cuenta estas conclusiones, denegando la pretensión de Liquidación del Contrato y así se pronunciará en la Parte resolutive correspondiente”⁷⁷.

1.23.4. Respecto a la pretensión quinta principal de la demanda arbitral, relativa a que se ordenara al Departamento del Valle del Cauca dar cumplimiento al laudo, el Tribunal de Arbitramento ordenó en el numeral noveno de la parte resolutive del laudo que se enviara inmediatamente copia auténtica del laudo al Procurador General de la Nación, quien fue representado por el Procurador Judicial II de la Procuraduría 20 en lo Judicial en Cali.

1.24. El 12 de mayo de 2003, el Departamento del Valle del Cauca, haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 160 del Decreto 1818 de 1998, solicitó al Tribunal de Arbitramento la aclaración del laudo⁷⁸. Ese mismo día,

⁷⁷ Folios 187 al 189 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde a los folios 66 al 68 del laudo arbitral.

⁷⁸ El Departamento del Valle del Cauca solicitó las siguientes aclaraciones y complementaciones al laudo:
“1. ACLARACIÓN DEL LAUDO. De la manera más comedida solicito al H.TRIBUNAL se sirva aclarar o precisar si la decisión cuarta, contenida en la parte resolutive del laudo, constituye la decisión tomada en sede arbitral sobre la pretensión segunda principal de la demanda.
“2. CORRECCIÓN O COMPLEMENTACIÓN DEL LAUDO. Solicito comedidamente que el H. TRIBUNAL se pronuncie de manera expresa sobre todas las peticiones contenidas en el alegato de conclusión de 27 de febrero de 2003, en especial la del literal b) del análisis practicado sobre la pretensión sexta principal (página 14). La parte resolutive no dice nada al respecto.
“3. ACLARACIÓN DEL LAUDO. Que los señores árbitros se sirvan aclarar si la decisión séptima de la parte resolutive del laudo de 24 de abril de 2003, constituye la decisión tomada en sede arbitral sobre la petición sexta principal de la demanda”.

el Tribunal de Arbitramento negó la aclaración en los términos solicitados por el Departamento⁷⁹.

1.25. El 16 de mayo de 2003 el Departamento del Valle del Cauca interpuso recurso de anulación contra el referido laudo arbitral.

1.25.1. El Departamento del Valle del Cauca alegó las siguientes causales de anulación⁸⁰:

“Primera causal de anulación: El haberse fallado en conciencia, cuando el laudo debió haberse pronunciado estrictamente en derecho.”⁸¹

(...)

“Segunda causal de anulación: Contener la parte resolutive del laudo errores y disposiciones contradictorias.”⁸²

Al respecto, en el Auto 72 del 12 de mayo de 2003, el Tribunal de Arbitramento decidió lo siguiente:

[Frente a la primera solicitud] *“El Tribunal considera que la decisión cuarta del laudo expresamente se refirió a la pretensión segunda principal con la siguiente frase: “Como consecuencia de lo anterior y con relación a la pretensión segunda principal, el Tribunal resuelve (...)”. Ante esta frase nada hay que aclarar pues su significado literal no puede ofrecer motivos de duda”.*

[Frente a la segunda solicitud] *“En el literal b) del alegato de conclusión (pág 14), se solicitó que el Tribunal elevara la queja ante el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca con base en el hecho de que la parte convocante “obró con inexcusable temeridad al elevar injusta y arbitrariamente la cuantía de sus pretensiones” y que además hubo un encarecimiento exagerado de los costos del Tribunal. La parte convocada en la contestación de la demanda debió objetar la cuantía de las pretensiones de la demanda. Este es un derecho que le confiere la ley procesal (...). La etapa de la presentación de los alegatos de conclusión no es la apropiada para manifestar su inconformidad con los costos del Tribunal y la cuantía de las pretensiones, como base de una posible temeridad de la parte convocante. El alegato de conclusión tiene como finalidad el examen y análisis que cada parte hace de sus planteamientos jurídicos y probatorios sobre la demanda y las excepciones y medios de defensa propuestos por la parte convocada. El objeto del laudo es la decisión sobre estos extremos de la litis. La ley no ha establecido que la sentencia que dicte un Juez debe contener decisiones sobre las peticiones que se hagan en un alegato de conclusión (...). El Tribunal ha considerado y decidido sobre todas las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por la parte convocada, cumpliendo en esta forma las disposiciones de la ley procesal sobre el contenido y congruencia de la sentencia (...)”.*

[Frente a la tercera solicitud] *“La decisión séptima es muy clara: no hay condena en costas. Si el objeto de la pretensión sexta principal son las costas, pues es lógico que cualquier decisión sobre costas se refiera a esa pretensión. Se aclara lo que es dudoso no lo que es claro (...)”.* (Folios 234 al 236 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980.611).

⁷⁹ Esta decisión está contenida en el Auto No 72 del Tribunal de Arbitramento. (Folios 234 al 237 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980.611).

⁸⁰ En los folios 192 al 204 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, reposa copia de la sustentación del recurso extraordinario de anulación presentado por el Departamento del Valle del Cauca.

⁸¹ Frente a la primera causal de anulación alegada (*“haberse fallado en conciencia, cuando el laudo debió haberse pronunciado estrictamente en derecho”*), contenida en el numeral 2 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 (que corresponde al numeral 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993), el Departamento del Valle del Cauca señaló que el Tribunal de Arbitramento, al decidir las excepciones y las objeciones contra los dictámenes periciales, se apartó a tal punto de las normas que regulan los contratos administrativos y el trámite arbitral, que no se puede afirmar que el laudo haya sido proferido en derecho.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó (i) que el laudo *“fue proferido en el derecho vigente”*, (ii) que las objeciones a los dictámenes y las excepciones de mérito *“se encuentran edificadas sobre clara estructuras jurídicas”* y (iii) que la causal de anulación alegada *“no está prevista por la ley para discutir la decisión del juez desde el punto de vista de la valoración normativa y probatoria sobre los diferentes aspectos de la controversia jurídica planteada”* y declaró que ese cargo no prosperaba. (Folios 258 al 260 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611).

⁸² Frente a la segunda causal de anulación alegada (*“contener la parte resolutive del laudo errores y disposiciones contradictorias”*), contenida en el numeral 3 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 (que

(...)

*“Tercera causal de anulación: Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo que puede ser válidamente pedido.”*⁸³

(...)

*“Cuarta causal de anulación: la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita”.*⁸⁴ (se omitieron subrayados del texto original)

corresponde al numeral 3 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993), el Departamento del Valle del Cauca señaló que el Tribunal de Arbitramento incurrió en el laudo en errores y contradicciones *“pues quien carece de competencia para decidir de fondo sobre la liquidación del contrato, no puede tenerla para fallar sobre elementos que pudieran formar parte de esa liquidación”* (Folio 200 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611). El mismo argumento fue expuesto también en los siguientes términos *“al haber desatado algunos de los elementos de la litis arbitral que les fue planteada pero al haberse declarado incompetentes para ordenar la liquidación del contrato, que también les fue planteada, los árbitros incurrieron en graves e insalvables contradicciones”*. (Folio 202 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

La Sección Tercera del Consejo de Estado se abstuvo de conocer de fondo los argumentos presentados por el Departamento del Valle del Cauca frente a esta causal de anulación, dado que el numeral 3 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 establece que para la procedencia de esta causal, las disposiciones contradictorias o los errores aritméticos contenidos en la parte resolutive del laudo debieron haberse *“alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento”*.

Si bien el Departamento del Valle del Cauca presentó oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento una solicitud de aclaración del laudo, la Sección Tercera del Consejo de Estado constató que ésta no versó sobre los argumentos que presentó en la sustentación de esta causal de anulación. Por tal razón, la Sección Tercera declaró que no prosperaba este cargo. (Folios 260 al 264 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

⁸³ La tercera causal de anulación alegada (*“haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo que puede ser válidamente pedido”*) y lo que decidió la Sección Tercera del Consejo de Estado al respecto va a ser objeto de análisis en la parte motiva de esta sentencia (Ver al respecto literal d del aparte 5.1). El análisis de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a esta causal está contenido en los folios 264 al 289 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611 que corresponden a los folios 60 al 85 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁸⁴ Frente a la cuarta causal de anulación alegada (*“la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita”*), contenida en el numeral 1 del artículo 162 del Decreto 1818 de 1998 (que corresponde al numeral 1 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989), el Departamento del Valle del Cauca señaló que *“el pacto arbitral, llámese cláusula compromisoria o compromiso, en el cual se faculta a los árbitros para decidir sobre la liquidación de un contrato estatal, tiene objeto ilícito, y como tal se impone la declaratoria de su nulidad”* (Folio 204 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611). Adicionalmente este departamento afirmó que durante todo el trámite arbitral alegó que *“es facultad suya exclusiva e indelegable decidir unilateralmente sobre la liquidación del contrato”* y que *“ha objetado sin excepciones la pretendida habilitación de los árbitros para decidir sobre actos administrativos incluidos los relacionados con la liquidación del contrato”* (Folio 204 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que si bien esta causal no está prevista en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 (norma especial para el recurso de anulación interpuesto contra laudos que versen sobre contratos administrativos), los jueces pueden de oficio declarar la nulidad absoluta del pacto arbitral cuando *“tal hecho aparezca debidamente demostrado en el proceso y en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*. Adicionalmente señaló que el decreto oficioso de la nulidad del pacto arbitral *“sólo puede concluirse cuando esos negocios jurídicos provienen de objeto o causa ilícitos, porque contravienen el derecho público de la Nación (art. 1519 C.C.), o cuando los motivos que indujeron a su celebración se encuentran expresamente prohibidos por la ley o contrarían el orden público (art.1524 C.C.)”* y que tales situaciones no se comprueban en el caso del pacto arbitral que le dio competencia al Tribunal de Arbitramento para proferir el laudo que se acusa. (Folio 243 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611). Adicionalmente, frente al referido pacto arbitral señaló lo

1.26. El 11 de marzo de 2004, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez, profirió la sentencia 25021, mediante la cual declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca contra el referido laudo arbitral, al no haber prosperado ninguna de las causales de anulación alegadas⁸⁵.

2. Demanda de tutela, contestación de la demanda y decisiones de instancia.

2.1. El 21 de mayo de 2004 el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, junto con el Secretario Jurídico de este departamento, actuando en representación de esta entidad territorial⁸⁶, interpusieron acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento que, el 24 de abril de 2003, profirió el laudo arbitral que dirimió las controversias contractuales existentes entre CISA y este departamento, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017, y contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien profirió la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación presentado por el Departamento del Valle del Cauca contra el referido laudo arbitral.

2.2. El Gobernador del Valle del Cauca y el Secretario Jurídico de este departamento consideraron que el Tribunal de Arbitramento y la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado violaron el derecho fundamental al debido proceso del Departamento del Valle del Cauca al haber éstos incurrido en varias vías de hecho en el citado laudo arbitral y en la referida sentencia que declaró infundado el recurso de anulación presentado contra este último.

2.3. En algunos de sus apartes de la demanda de tutela, los accionantes afirman que tanto el Tribunal de Arbitramento como la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrieron en las mismas vías de hecho, las cuales describen de la siguiente manera:

“Es claro y diáfano que tanto el Tribunal de Arbitramento constituido para el presente caso y la Sección Tercera del Consejo de Estado en su

siguiente: “La Sala se remite a los antecedentes (fácticos y normativos) de la causal anterior para destacar que si bien en la cláusula compromisoria (en forma tácita) y en el acuerdo de convocatoria (en forma expresa) se incluyó dentro de los temas a ser sometidos a la decisión de árbitros, el de la liquidación del contrato, ello de acuerdo al marco normativo de competencia establecido a la justicia arbitral, no genera la ilegalidad de la cláusula o del acuerdo de convocatoria, dado que se trata de un asunto susceptible de ser definido por el juez ordinario o de excepción”. (Folios 243 y 244 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

⁸⁵ Los consejeros Ramiro Saavedra Becerra y Ricardo Hoyos Duque presentaron aclaración de voto en la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004.

⁸⁶ En la presentación de la acción de tutela de la referencia, el Departamento del Valle del Cauca estuvo representado por su Gobernador, Angelino Garzón, y por el Secretario Jurídico del Departamento, Hernán Jaime Ulloa.

decisión sobre el recurso de anulación incurrieron en vía de hecho toda vez que desconocieron lo dispuesto en los artículos 60⁸⁷ y 61⁸⁸ de la Ley 80 de 1993 respecto a la liquidación de los contratos estatales e hicieron mal uso por indebida interpretación de los artículos 70⁸⁹ y 71⁹⁰ de la misma ley y de lo estipulado en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato No GM-95-04-017 de 1995 en su cláusula tercera”⁹¹.

Los accionantes también dicen:

“Honorables Consejeros la Acción de Tutela de la referencia consideramos respetuosamente está llamada a prosperar como quiera que se evidencia una violación por Vía de Hecho por parte del Tribunal de Arbitramento convocado por la Cámara de Comercio de Santiago de Cali y la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en la

⁸⁷ Si bien los accionantes no citan el texto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una mejor comprensión de la vía de hecho alegada, se citará a continuación el texto de este artículo. “ARTICULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

⁸⁸ Si bien los accionantes no citan el texto del artículo 61 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una mejor comprensión de la vía de hecho alegada, se citará a continuación el texto de este artículo. “ARTICULO 61. DE LA LIQUIDACION UNILATERAL. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

⁸⁹ Si bien los accionantes no citan el texto del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una mejor comprensión de la vía de hecho alegada, se citará a continuación el texto de este artículo. “ARTICULO 70. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional”.

⁹⁰ Si bien los accionantes no citan el texto del artículo 71 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una mejor comprensión de la vía de hecho alegada, se citará a continuación el texto de este artículo. “ARTICULO 71. DEL COMPROMISO. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo”.

⁹¹ Folio 5 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

medida en que estas dos Corporaciones con su actuación desconocieron las normas contenidas en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y el mismo acuerdo entre las partes”⁹².

2.4. En otros apartes de la demanda de tutela, los accionantes se refieren a actuaciones específicas de cada uno de los dos órganos demandados, que consideran son constitutivas de vías de hecho.

2.4.1. Al referirse a las supuestas vías de hecho específicas en la que incurrió el Tribunal de Arbitramento, los accionantes señalaron lo siguiente:

“Es evidente que el Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo arbitral desconoció la existencia de la Resolución 0095 del 17 de Septiembre del 2001 mediante la cual el Departamento del Valle en pleno uso de sus potestades legales liquidó unilateralmente el contrato No GM-95-04-017”⁹³. Igualmente es claro que dicha resolución, para la fecha en que se profirió el laudo arbitral se encontraba en firme, puesto que fue recurrida por la firma contratista con resultados adversos. La misma suerte corrió con la acción de tutela que interpuso en contra de la citada resolución.

“Conocido es y así lo ha manifestado en reiteradas oportunidades la doctrina y la jurisprudencia que el acto de liquidación es la actuación que pone fin y dirime las situaciones patrimoniales de las partes en la ejecución del contrato cuando hay acuerdo entre las partes, o si el acto liquidatorio queda en firme al no ser objeto de glosa por el interesado dentro del término, o si agotada la vía gubernativa el acto administrativo no es demandado ante la jurisdicción contenciosa. En ese orden de ideas y de acuerdo a los hechos expuestos la sociedad Concesiones de Infraestructura S.A. CISA no demandó la resolución de liquidación unilateral del contrato en la sede judicial correspondiente, luego entonces no cabe más que concluir que la precitada Resolución 0095 mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de concesión y una vez resuelto el recurso de reposición interpuesto por la mencionada sociedad adquirió firmeza y por lo tanto inmutabilidad,

⁹²Folio 16 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

Al comparar la primera formulación de las vías de hecho en las que incurrieron los entes accionados, frente a esta segunda enunciación, anteriormente citada, se vislumbra que en esta última, los accionantes omiten mencionar la vía de hecho relativa al “mal uso, por indebida interpretación, de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993”.

⁹³ En el mismo sentido, en apartes posteriores de la demanda de tutela, los accionantes afirman lo siguiente: “(...) dicho Tribunal (el de Arbitramento) se pronunció y decidió sobre aspectos que eran del resorte exclusivo del acto liquidatorio. Así las cosas es evidente que las pretensiones instauradas por la Sociedad de Concesiones de Infraestructura S.A. CISA se circunscribían a la liquidación del contrato y así fueron decididas por el Tribunal sin tener en cuenta la existencia previa de la Resolución por medio de la cual la Gobernación del Valle ya había liquidado el contrato y que se encontraba en firme y revestida por la presunción de legalidad que cubre todo acto de la administración que se encuentre vigente, desbordando así los límites que la ley ha conferido a los particulares que se envisten transitoriamente de árbitros”. (folio 10 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

dejando en firme lo dispuesto por la administración Departamental en relación con las diferencias patrimoniales presentadas”⁹⁴.

2.4.1.1. Además de los argumentos antes citados, referentes al supuesto desconocimiento, por parte del Tribunal de Arbitramento, del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, y de la presunta función que cumple este último como acto que pone fin a las controversias patrimoniales existentes entre las partes de un contrato, los accionantes expusieron otro argumento para sustentar la vía de hecho en la que incurrió el Tribunal de Arbitramento. Este se refiere al carácter irrenunciable de la facultad de la Administración de liquidar los contratos en los que es parte, el cual fue expuesto por los accionantes en los siguientes términos:

“Con base en estas disposiciones [haciendo referencia los artículos 60 y 61 de Ley 80 de 1993] las entidades públicas tienen dentro de sus potestades la de efectuar la liquidación de un contrato e imponerla en caso de que el contratista no acepte su contenido.

“Esta potestad, como las demás otorgadas por la ley se atribuye para tutelar el interés público y se encuentra preestablecida en la ley dentro de los límites señalados por ella misma. Potestades semejantes permiten a las entidades imponer coactivamente su voluntad, ese poder no se otorga ni se deroga por la voluntad contractual ya que no nace del negocio jurídico sino de la ley. Las potestades contractuales tienen un carácter de orden público por estar previstas para lograr los fines del estado; por lo tanto, no son negociables, transables o renunciables y no puede la entidad dejar de aplicarlas. Además si por alguna circunstancia no se efectúa la liquidación según lo previsto en la Ley 80 de 1993 el mismo legislador en el artículo 136 numeral 10 literal e del C.C.A determinó que el particular contratista puede pedir que la justicia contenciosa administrativa sea la que liquide el contrato”⁹⁵.

(...)

“Igualmente el Honorable Consejo de Estado tanto en sentencias como también la sala de consulta ha manifestado la incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre actos unilaterales contractuales dictados en ejercicio de las potestades otorgadas a la administración y sobre la nulidad de la renuncia al ejercicio de dichas potestades”.⁹⁶

2.4.2. De otro lado, respecto a la supuesta vía de hecho en la que incurrió la Sección Tercera del Consejo de Estado, los accionantes citaron un párrafo de la sentencia acusada –que hace parte del acápite correspondiente al estudio de la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80

⁹⁴ Folio 5 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

⁹⁵ Folio 12 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

⁹⁶ Folio 13 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

de 1993⁹⁷- y posteriormente resaltaron supuestas omisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el análisis de tal causal, las que constituyen, para los accionantes, vías de hecho.

Al respecto, señalaron lo siguiente en la demanda de tutela:

“Ahora, en cuanto a la decisión de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado manifiesta esta Corporación en su parte motiva (folio 0191) lo siguiente:

*“A esta Corporación solo le resta agregar que el hecho relativo a que los árbitros no hayan sentenciado de fondo sobre uno de los puntos sujetos a su conocimiento, por las partes, como es el de la liquidación del contrato, no es materia que en este caso sea objeto del conocimiento del Consejo de Estado, toda vez que ello **no fue hecho alegado por las partes** mediante la invocación de la respectiva causal de anulación (**fallo mínima petita**) y que tampoco se encuentra dentro de los hechos que pueden ser analizados en forma oficiosa por el juez en sede extraordinaria de anulación, punto respecto del cual la Sala se remite a lo manifestado en relación con la primera causal de anulación”. (las negrillas son del texto original)*

“A lo anterior Honorables Magistrados, cabe anotar de manera respetuosa que evidentemente se equivocó la sección tercera al manifestar que la liquidación del contrato no fue un hecho alegado por las partes mediante la invocación de la causal de anulación.

“Probado está que en el escrito de sustentación del recurso de anulación del laudo presentado por el doctor José Félix Escobar Escobar como apoderado del Departamento del Valle del Cauca, en su punto tercero, segunda causal de anulación⁹⁸ menciona claramente la

⁹⁷ La causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 fue recopilada en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998. Esta se refiere a cuando el laudo arbitral ha recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o éstos concedieron más de lo pedido.

⁹⁸ Al revisar la sustentación del recurso de anulación interpuesto por la Gobernación del Valle se observa que la segunda causal de anulación alegada (contenida en el punto tercero del memorial) a la que hace referencia el aparte citado, corresponde a la causal del numeral 3 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 3 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998) que se refiere a cuando la parte resolutive del laudo contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias, pero exige para su procedencia que esta situación haya sido alegada oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

Al comparar la causal de anulación a la que se refiere el párrafo citado por los accionantes, en la demanda de tutela, de la sentencia acusada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la causal de anulación sobre la que versa el aparte del memorial de sustentación del recurso de anulación, citado por los accionantes en la demanda de tutela, y mediante el cual pretenden demostrar que la liquidación del contrato “*fue un hecho alegado por las partes mediante la invocación del recurso de anulación*”, se evidencia que no se trata de la misma causal de anulación (el párrafo de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, citado en la demanda de tutela, corresponde al estudio de la causal relativa a cuando el laudo ha recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o éstos concedieron más de lo pedido y el párrafo del memorial de sustentación del recurso de anulación, citado en la demanda de tutela, corresponde a la causal relativa a cuando la parte resolutive del laudo contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias).

liquidación unilateral efectuada por la administración. En efecto hizo la siguiente acotación al respecto:

“Como tendremos oportunidad de analizar con detenimiento más adelante el hecho de que el tribunal en el punto sexto decisorio del laudo hubiera negado la pretensión cuarta principal de la demanda (ordenar la liquidación del contrato) hace incurrir al laudo en graves e insalvables contradicciones, pues quien carece de competencia para decidir sobre la liquidación del contrato no puede tenerla para fallar sobre elementos que pudieran formar parte de esa liquidación. De otro lado, los señores árbitros expresan con toda claridad en el laudo que conocen la circunstancia de que el contrato GM-95-04-017 fue objeto de liquidación unilateral por parte del Departamento del Valle del Cauca (...)”

“De lo anterior se infiere que aunque si bien es cierto la segunda causal de anulación no se tituló como liquidación del contrato toda la argumentación de dicho punto hace referencia a tal liquidación, luego entonces si debió pronunciarse la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado sobre la misma”⁹⁹.

2.5. Ante las supuestas vías de hecho en las que incurrieron las providencias acusadas, los accionantes solicitaron en la demanda de tutela que fuera protegido el derecho fundamental al debido proceso del Departamento del Valle del Cauca, que fuera anulada la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y que de igual forma, fuera anulado todo lo actuado por el Tribunal de Arbitramento¹⁰⁰.

2.6. Adicionalmente, en la demanda de tutela los accionantes aluden a lo que denominaron la “*disyuntiva*” en la que se encontraba para ese momento el Departamento del Valle del Cauca y que describen de la siguiente manera:

“Por una parte, existe la Resolución No 095 de 2001 por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de concesión No GM-95-04-017 de 1995, suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la firma Concesiones de Infraestructura S.A. CISA y se ordena a esta última pagar la cantidad de \$7.364.438.799.00.

“Dicha resolución se encuentra en firme, no ha sido demandada y ya prescribió el término que tenía la empresa concesionaria para instaurar la acción contenciosa.

⁹⁹ Folios 6 y 7 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹⁰⁰ La pretensión de la demanda de tutela fue formulada por los accionantes en los siguientes términos: “*En efecto, se hace necesario que esa Honorable Corporación tutele el derecho fundamental al debido proceso y en consecuencia ordene la anulación de todo lo actuado por el tribunal de arbitramento convocado por la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali y en consecuencia la sentencia del H. Consejo de Estado Sección Tercera*”. Folio 16 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

“Por la otra de acuerdo al Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento el día 24 de Abril de 2003 y confirmado por el Honorable Consejo de Estado, el Departamento del Valle debe cancelar a la empresa concesionaria la cantidad de \$20.743.302.874.00 (por) según la liquidación hecha por el Tribunal de Arbitramento”¹⁰¹.

2.7. El 7 de junio de 2004, la Consejera María Elena Giraldo Gómez de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien fue ponente de la acusada sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, contestó la demanda de tutela de la referencia.

2.7.1. Respecto a la vía de hecho alegada por el Departamento del Valle del Cauca contra la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado - que la Consejera describió como el supuesto desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y la errada interpretación de los artículos 70 y 71 de esta misma ley y de lo estipulado en la cláusula tercera del Acuerdo de Terminación Anticipada del Contrato- se afirma lo siguiente en la contestación de la demanda de tutela:

“Sobre el primer punto se observa, previo cotejo de la providencia que se dice incurso en vía de hecho, teniendo en cuenta para ello la naturaleza de la acción de tutela, su alcance y los parámetros fijados por la Corte Constitucional en torno al defecto sustantivo, que en ningún momento la sentencia que decidió el recurso de anulación impetrado contra el laudo Arbitral proferido el día 24 de abril de 2003 y aclarado el 30 de abril de 2003, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias presentadas entre el Departamento del Valle del Cauca y la Sociedad Concesiones de Infraestructura S.A., se desconoció o interpretó erradamente el texto de los artículos 60, 61, 70 y 71 de la ley 80 de 1993, ya que por el contrario fue con fundamento en esas normas que se concluyó que el acto administrativo de liquidación unilateral dictado por el Departamento del Valle del Cauca después de

¹⁰¹ Folio 15 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

En el mismo sentido, en el acápite de hechos de la demanda de tutela, los accionantes señalaron lo siguiente: “En la actualidad existen dos actos jurídicos que afectan el patrimonio económico del Departamento del Valle. Uno, la liquidación unilateral contenida en la resolución 095 del 17 de septiembre del 2001, y el segundo, el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de manera posterior el día 24 de abril de 2003 el cual no fue anulado por el Honorable Consejo de Estado” (folio 4 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

De igual manera, en otro aparte de la demanda, los accionantes afirmaron lo siguiente: “Es cierto y claro que a la fecha existen dos liquidaciones del contrato GM-95-04-017: La primera contenida en la Resolución 0095 efectuada como liquidación unilateral y elaborada por la Administración Departamental conforme a las potestades legales otorgadas por la Ley 80 de 1993 y a lo convenido por las partes en la cláusula tercera del acta de terminación del contrato. La Segunda efectuada por el Tribunal de Arbitramento constituido ante la Cámara de Comercio de Cali, en el laudo arbitral proferido el día 24 de abril de 2003 en el cual como ya se manifestó, dicho Tribunal se pronunció y decidió sobre aspectos que eran del resorte exclusivo del acto liquidatorio. Así las cosas es evidente que las pretensiones instauradas por la Sociedad de Concesiones de Infraestructura S.A. CISA se circunscribían a la liquidación del contrato, y así fueron decididas por el Tribunal sin tener en cuenta la existencia previa de la Resolución por medio de la cual la Gobernación del Valle ya había liquidado el contrato y que se encontraba en firme y revestida por la presunción de legalidad que cubija todo acto de la administración que se encuentre vigente, desbordando así los límites que la ley ha conferido a los particulares que se envisten transitoriamente de árbitros”. (Folio 10 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

haberle sido notificado la admisión de la demanda de convocatoria, no limitó ni enervó la competencia deferida a los árbitros.

“Para llegar a la anterior conclusión se acudió en primer lugar a la cláusula compromisoria contenida en el contrato No GM-95-04-017 de 1995 mediante la cual las partes acordaron someter a arbitramento las diferencias **que se suscitaran en relación con el contrato**, en segundo lugar al pacto de convocatoria al Tribunal de Arbitramento de fecha 22 de diciembre de 2000, en el cual esas mismas partes pusieron de **presente el agotamiento de los escenarios de negociación para liquidar de mutuo acuerdo el respectivo contrato de concesión** y acordaron convocar a un Tribunal de Arbitramento **con el fin de que efectuara la liquidación del contrato de concesión GM-95-04-017**, en tercer lugar, a la demanda de convocatoria presentada por el contratista, entre cuyas pretensiones **se encontraba la de liquidación del contrato** y en cuarto y último lugar a que encontrándose el proceso en la etapa conciliatoria y **después de haber sido notificado del auto admisorio de la solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento (24 de mayo de 2001) procedió a liquidar unilateralmente el contrato** mediante resolución No 0095 del 17 de septiembre de 2001, la cual fue confirmada por resolución No 0209 del 25 de junio de 2002 (fols 140 a 162 c.1, 5443 a 5450 c.9-12)

“En ese orden de ideas, mal podría la Sección Tercera al definir la competencia del Tribunal de Arbitramento, desconocer la ley que le otorgaba al Juez Arbitral competencia plena, en materia de liquidación del contrato, ya que había fracasado la etapa de mutuo acuerdo entre las partes, había vencido el término de la administración para efectuarla unilateralmente y el interesado había acudido a la jurisdicción dentro de los dos años señalados por la ley, para obtenerla por vía judicial.

“Y es que desde el momento en el cual se trabó la relación jurídico procesal en el juicio arbitral, esto es a partir de la notificación al demandado del auto admisorio de la solicitud de convocatoria, todos los conflictos y pretensiones quedaron monopolizados en su decisión por el Tribunal de arbitramento y se tornaron en materia de decisión judicial y exclusiva.

“Así, cuando el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre los temas indicados no desconoció el acto de liquidación unilateral del contrato, por la sencilla razón de que la competencia para liquidar el contrato fue suya a partir del momento en que la Administración contratante y contratista defirieron tal competencia a la justicia arbitral.

“Se llega a la anterior conclusión al observar que para el momento en que se dio inicio a la función judicial de excepción con efectos vinculantes para las partes - **a partir de la notificación del auto**

admisorio de la demanda de convocatoria al convocado -, la Administración no se había pronunciado mediante decisión unilateral productora de efectos jurídicos, sobre la liquidación unilateral del referido del referido contrato de concesión (art. 61 ley 80 de 1993)”¹⁰². (los subrayados y las negrillas son del texto original)

2.7.2. Respecto al “segundo hecho invocado por el demandante como constitutivo de vía de hecho”¹⁰³, en la contestación se señala lo siguiente:

“Ahora el segundo hecho invocado por el demandante como constitutivo de vía de hecho tampoco resiste el menor análisis, toda vez que contrario a lo sostenido por el actor, la sentencia demandada en tutela sí se pronunció sobre la segunda causal invocada por el Departamento del Valle del Cauca relativa a contener el laudo disposiciones erróneas o contradictorias, fundada en que al haberse negado en el numeral sexto de la parte resolutive del laudo la pretensión dirigida a la liquidación del contrato, y a su vez haber fallado sobre elementos que pudieran formar parte de esa liquidación, se incurrió en contradicción.

“En la sentencia se dio aplicación a la ley (numeral 3 del artículo 72 de la ley 80 de 1993), que exige como supuesto para el estudio de la causal propuesta, que se le haya dado a conocer al Tribunal las situaciones de error o contradicción, y declaró la no prosperidad del cargo al advertir que dentro de las solicitudes presentadas por el Departamento del Valle del Cauca al Tribunal y dirigidas a la aclaración y complementación del laudo arbitral, el Departamento no había incluido la atinente a conciliar las contradicciones existentes en su parte resolutive, consistentes en de una parte haberse negado la pretensión liquidatoria del contrato y de otra haberse acogido las pretensiones que tienen que ver con asuntos que debían formar parte de esa liquidación.

*“Ahora en la misma sentencia también se dijo al analizar la causal segunda de anulación propuesta por el Departamento del Valle del Cauca que “() el hecho relativo a que los árbitros no hayan sentenciado de fondo sobre uno de los puntos sujetos a su conocimiento, por las partes, como es el de la liquidación del contrato, no es materia que en este caso sea objeto del conocimiento del Consejo de Estado, toda vez que ello **no fue hecho alegado por las partes** mediante la invocación de la respectiva causal de anulación (**fallo mínima petita**) y que tampoco se*

¹⁰² Folios 310 al 312 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹⁰³ En la contestación de la demanda, la Consejera María Elena Giraldo Gómez denominó “segundo hecho invocado por el demandante como constitutivo de vía de hecho” (Folios 316 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611) a lo que los accionantes describieron en la demanda de tutela en los siguientes términos: “De lo anterior se infiere que aunque si bien es cierto la segunda causal de anulación no se tituló como liquidación del contrato toda la argumentación de dicho punto hace referencia a tal liquidación, luego entonces si debió pronunciarse la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado sobre la misma”. (Folios 6 y 7 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611). En el numeral 2.4.2. del acápite de antecedentes de esta sentencia, se cita in extenso la formulación de esta vía de hecho alegada por los accionantes contra la sentencia acusada de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

encuentra dentro de los hechos que pueden ser analizados en forma oficiosa por el juez en sede extraordinaria de anulación, punto respecto del cual la Sala se remite a lo manifestado en relación con la primera causal de anulación ()”¹⁰⁴.

“Dicha afirmación desde ningún punto de vista contradice el análisis efectuado en torno a la segunda causal invocada por el Departamento del Valle del Cauca como pasa a indicarse:

*“El recurso de anulación es un instrumento legal dirigido al control en vía jurisdiccional de la decisión arbitral pero sólo en lo relacionado con determinadas conductas de los árbitros y, por lo tanto, está restringido al estudio de las **causales de anulación determinadas por el legislador**. Por consiguiente, el recurso que se proponga contra laudos arbitrales que sean de conocimiento del Consejo de Estado debe estar fundado ahora en alguna (s) de las causales establecidas en el artículo 72 de la ley 80 de 1993.*

*“Sólo hay lugar a estudiar el cargo de anulación impetrado frente a un laudo arbitral en conflictos originados en contratos estatales, cuando las razones aducidas como de invalidación, correspondan a la causal de anulación invocada expresamente por el recurrente y ésta con una de las previstas en el artículo 72 IBIDEM y cuando quien pretenda la anulación del laudo arbitral no solo invoque alguna de las causales de ley, sino también sustente debidamente **señalando la ocurrencia de los supuestos de hecho que condicionan la presencia de la causal***¹⁰⁵.

“La Sección Tercera se ha pronunciado sobre el tema entre otras en sentencia de 1 de agosto de 2002¹⁰⁶, oportunidad en la cual aclaró que el recurrente al argumentar que el laudo recayó sobre asuntos no sometidos a su jurisdicción con fundamento en la causal referente a la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita, no invocó expresamente la causal directa del recurso; agregó que al juez no les es dable “() encuadrarlo en alguna otra, ni deducir a partir de ello causales implícitas ()”, teniendo en cuenta la naturaleza

¹⁰⁴ El párrafo de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, citado en la contestación de la demanda de tutela, hace parte del acápite titulado “Cuarto cargo: puntos no sujetos a decisión de los árbitros (num. 4 art. 72 Ley 80/93)” (folio 289 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611, que corresponde al folio 85 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (CP: María Elena Giraldo Gómez). Al revisar el memorial de sustentación del recurso extraordinario de anulación, presentado por el Departamento del Valle del Cauca, se observa que este cargo fue titulado por los recurrentes en los siguientes términos: “Tercera causal de anulación: haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo que puede ser válidamente pedido” (folio 202 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611. Por tal razón, se puede afirmar que en el aparte citado del memorial de contestación de la demanda de tutela, en el que la Consejera María Elena Giraldo Gómez señaló lo siguiente: “Ahora en la misma sentencia también se dijo al analizar la causal segunda de anulación propuesta por el Departamento del Valle del Cauca (...)”, en realidad se estaba refiriendo a la causal tercera de anulación propuesta por el Departamento del Valle del Cauca.

¹⁰⁵ Sentencia de 11 de mayo de 2000; expediente No 17480; actor: Seguridad Diconvilp Ltda.

¹⁰⁶ Expediente 21041; actor: Electrificadora del Atlántico.

extraordinaria del recurso, el carácter taxativo de las causales y el principio dispositivo que las gobierna.

“Considerar lo contrario, sería admitir la modificación por parte del juez de la causa petenti y con ello del campo de la controversia jurídica, mediante la modificación de los cargos de anulación aducidos por el actor, con lo cual se podría incurrir en violación al principio de congruencia y al derecho de defensa del demandado, quien no tendría oportunidad de ejercitar su derecho de defensa en relación con dicha causal.

“Como puede verse, no era factible desde el punto de vista jurídico que la Sección Tercera se pronunciara sobre la posible violación al principio de congruencia por minus petita, en relación con la pretensión de liquidación del contrato, cuando éste hecho no fue alegado por el recurrente con fundamento en la causal quinta de anulación consistente en no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento, sino con base en la causal tercera atinente a contener la parte resolutive errores aritméticos o disposiciones contradictorias, la cual como se indicó atrás no pudo ser estudiada en razón a que las presuntas contradicciones no fueron alegadas oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento y por tanto la solicitud no cumplió de esta forma con el requisito legal (art.3 art. 72 ley 80/93).

“Entonces en el fondo las acusaciones por vía de hecho están sustentadas en el desconocimiento que tiene el demandante en tutela de la naturaleza y alcances del recurso de anulación”¹⁰⁷. (subrayados y negrillas son del texto original)

2.8. El 9 de junio de 2004, dos de los árbitros del Tribunal de Arbitramento¹⁰⁸ y la Secretaria del mismo, dieron respuesta a la acción de tutela de la referencia.

¹⁰⁷ Folios 316 al 319 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹⁰⁸ Los árbitros Patricia Riascos Lemos y Rodrigo Palau Erazo, y la secretaria del Tribunal de Arbitramento, María Esperanza Mayor Gordillo, dieron respuesta a la acción de tutela de la referencia. En su memorial de contestación de la demanda aclararon que éste no era suscrito por el tercer árbitro que integró el Tribunal de Arbitramento, Harold Chaux Campos, en razón a que residía en una ciudad diferente.

El árbitro Harold Chaux Campos fue vinculado al proceso en sede de revisión, mediante auto del 12 de abril de 2005, de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. En su escrito de contestación afirmó que la vía de hecho alegada por los accionantes “carece de sustento legal y probatorio” y remitió a las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Arbitramento en el laudo. Señaló que al revisar el laudo se puede establecer “la observancia de todos los preceptos legales sustanciales y procesales, a través de los cuales siempre se garantizó el debido proceso, el derecho a la defensa, y la total libertad de las partes para plantear todos los aspectos alrededor del proceso”.

Respecto a la liquidación del contrato GM-95-04-017 afirmó lo siguiente: “Equivocadamente se plantea como vía de hecho, que el Tribunal de Arbitramento liquidó el contrato y por tanto hay dos liquidaciones. Si se observa detenidamente, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre la solicitud de reconocimiento del desequilibrio económico del contrato, pero en ningún momento lo liquidó, ello constituye un aspecto totalmente diferente al planteado. En varios pronunciamientos del Consejo de Estado claramente se ha señalado como los Tribunales de Arbitramento pueden pronunciarse sobre aspectos patrimoniales del contrato, vale decir, los relativos por ejemplo al problema del desequilibrio económico.

“El Tribunal no liquidó el contrato con lo cual no se incurrió en una vía de hecho (...)

2.8.1. En su contestación, por un lado, se refirieron a cada uno de los hechos alegados por los accionantes. Frente al hecho identificado con el numeral 14¹⁰⁹, los árbitros Patricia Riascos y Rodrigo Palau y la secretaria del Tribunal de Arbitramento señalaron lo siguiente:

*“Al hecho 14. El Departamento del Valle del Cauca liquidó unilateralmente el contrato de concesión el 17 de septiembre de 2001 después de que se había notificado del auto admisorio de la demanda y recibido el traslado de la misma. Esto significa que la liquidación se hizo fuera del término legal y después que la controversia estaba bajo el conocimiento y decisión de los árbitros, en virtud de haberse trabado la litis mediante la presentación de la demanda y su notificación y traslado al Departamento del Valle del Cauca, quien no consideró que esa actuación del Centro de Conciliación y Arbitraje era un trámite administrativo sino que procedió a dar respuesta a la demanda proponiendo excepciones de mérito”.*¹¹⁰

2.8.2. Respecto a la supuesta ocurrencia de una vía de hecho en el laudo que fue proferido por el Tribunal de Arbitramento, señalaron que el proceso surtido (tanto en su etapa prearbitral como en su etapa arbitral), *“no ha violado ni desconocido norma procesal alguna ni ha violado el derecho de defensa de la entidad estatal”*¹¹¹.

Adicionalmente, afirmaron lo siguiente:

“La liquidación unilateral que efectuó el Departamento del Valle del Cauca se hizo en forma extemporánea, después de que la controversia entre las partes se encontraba en sede judicial, mediante la presentación de la demanda, su admisión y su notificación personal a la entidad estatal.

“Sería conveniente que el H. Consejo de Estado determinara qué clase de acto es el anterior, ejecutado fuera del término legal y después de iniciado el litigio arbitral entre Cisa y el Departamento del Valle del Cauca, y si el puede invocarse para atacar un laudo alegando vía de hecho.

“En conclusión el Tribunal de Arbitramento se pronunció solo sobre el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato relativo a los aspectos económicos o patrimoniales del mismo para lo cual no existe impedimento legal alguno”.

(Folios 182 y 183 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611).

¹⁰⁹ En la demanda de tutela, en el numeral 14 del acápite de hechos, los accionantes señalaron lo siguiente:

“14. El Departamento del Valle del Cauca liquidó dentro del término legal, que aún se encontraba vigente, el contrato de concesión a que hacemos referencia por cuanto como ya lo mencionamos, el acto de la Cámara de Comercio de Marzo 24 de 2001 lo que hace es comunicar a la Entidad Territorial la solicitud de convocatoria, lo cual no constituye una decisión judicial ya que las Cámaras de Comercio son entidades sin ánimo de lucro y no prefieren esta clase de actos o de decisiones”. Folio 4 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹¹⁰ Folio 325 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹¹¹ *Ibidem*.

“El laudo no contiene una liquidación del contrato sino el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Este restablecimiento no debe identificarse con la liquidación del contrato, pues son dos conceptos diferentes. Durante la ejecución de un contrato se generan obligaciones de ambas partes, de diversa clase, que deben tenerse en consideración para hacer un corte de cuentas que de como resultado el débito o el crédito a cargo o a favor de cualquiera de las partes. Esto que constituye una liquidación no es lo mismo que el restablecimiento financiero del contrato”¹¹².

2.9. El 24 de junio de 2004, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, actuando como juez de tutela de primera instancia, negó la acción de tutela de la referencia al considerar que los demandados no habían incurrido, en sus providencias acusadas, en una vía de hecho ni en una vulneración del derecho fundamental al debido proceso¹¹³ del departamento accionante.

Al respecto señaló que los demandados *“hicieron una interpretación jurídica de fondo del asunto materia de controversia”¹¹⁴*, y por tal razón, *“no puede asegurarse que tomaron una decisión por mero capricho”¹¹⁵* y que para que exista una vía de hecho *“(…) debe presentarse una operación material o un acto que supere el ámbito de decisión, un juicio sobre la actuación que desnaturalice su carácter jurídico y una grave lesión o amenaza de un derecho fundamental (…)”¹¹⁶.*

Adicionalmente, el juez de primera instancia afirmó que a través de una acción de tutela, *“(…) no puede pretenderse la revocación de una providencia judicial con fundamento en la interpretación dada por los jueces a las normas aplicables al caso concreto, pues ello implicaría desconocer la autonomía de la cual gozan para fundamentar sus decisiones”¹¹⁷*

2.10. La sentencia de tutela de primera instancia fue apelada por el Departamento del Valle del Cauca¹¹⁸ y el 5 de agosto de 2004, la Sección

¹¹² Folios 325 y 326 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹¹³ Frente a la supuesta vulneración del derecho al debido proceso, el juez de primera instancia señaló que ésta no se evidenciaba en el caso que se revisa, dado que no se había pretermitido parcial o totalmente una instancia ni se había impedido ni obstruido el ejercicio del derecho de contradicción. (Folio 332 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹¹⁴ Folio 332 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹¹⁵ Folio 332 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹¹⁶ Folio 332 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹¹⁷ Folio 332 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹¹⁸ Folios 349 al 352 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

En el recurso de apelación, el Departamento del Valle del Cauca reiteró los argumentos presentados en la demanda de tutela. Hizo énfasis en que (i) para la fecha de presentación de este recurso, *“existen dos actos jurídicos que afectan el patrimonio económico del Departamento del Valle”*, uno es el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato y otro es el laudo arbitral; (ii) el Departamento del Valle del Cauca liquidó el contrato GM-95-04-017 dentro del término legal, dado que *“el acto de la Cámara de Comercio de Marzo 24 de 2001 lo que hace es comunicar a la Entidad Territorial la solicitud de convocatoria, lo cual no constituye una decisión judicial ya que las Cámaras de Comercio son entidades sin ánimo de lucro y no*

Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, actuando como juez de segunda instancia, modificó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción de tutela interpuesta por considerarla improcedente¹¹⁹. La Sección Quinta del Consejo de Estado sostuvo que en ningún evento es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales¹²⁰.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuestiones previas: la petición de audiencia pública y otras solicitudes

Con posterioridad a que la Sala Plena de esta Corporación proferiera el Auto 100 de 2006, se recibieron varios escritos provenientes de ciudadanos y de autoridades públicas¹²¹, con destino al expediente T-980611, en los que aportaban información relacionada con los hechos de este proceso o requerían la expedición de copias¹²² o solicitaban información sobre el estado del proceso.

Entre éstas se incluyeron dos peticiones (una presentada el 28 de marzo de 2006 por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y otra presentada el 5 de mayo de 2006 por el ciudadano Wilson Ruiz Orejuela)¹²³,

proferen esta clase de actos o de decisiones”; (iii) “la carretera Cali-Candelaria-Florida, no solo no fue construida sino que se encuentra en peores condiciones a las que presentaba para la fecha de la contratación”; (iv) “la interpretación jurídica del Tribunal de Arbitramento y de la Sección Tercera del Consejo de Estado no se ajustó a derecho ya que si se hubieran aplicado las normas que contemplan esta situación la conclusión era que no se podía mediante Laudo Arbitral crear una situación jurídica nueva existiendo un acto administrativo en firme como lo era la Resolución 095 de 17 de Septiembre de 2001 y por eso es que en el momento actual contamos con un acto administrativo (Res. 95/01) debidamente ejecutoriado y por otro con un Laudo Arbitral que contempla la misma situación y que fue plenamente planteada en su oportunidad procesal como se puede determinar en el proceso contencioso (...)”. (Folio 351 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

¹¹⁹ La sentencia de tutela de segunda instancia, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se encuentra en los folios 420 al 436 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

Respecto a la modificación de la decisión adoptada por la Sección Cuarta de esa Corporación, en el fallo de tutela de primera instancia, la Sección Quinta señaló lo siguiente en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia: *“Modifícase la sentencia dictada el 24 de junio de 2004 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la solicitud de tutela formulada por los Señores Gobernador y Secretario Jurídico del Departamento del Valle del Cauca. En su lugar, se rechaza la acción por improcedente”.*

¹²⁰ Folio 431 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

¹²¹ Folios 4 al 6, 8, 9, 11 al 13, 20 al 33, 35, 37, 45 al 48, 50 al 55, 57, 121 al 124, 143 al 146, 199 al 341, 358 al 388, 390 al 408, 410, 416, 418 al 421, 425 al 428, 430 al 438, 440, 446 al 447, 449 al 451, 454 al 456, 458 al 460, 462 al 461 y 465 al 466 del cuaderno principal número 5 del expediente T-980611.

¹²² Las copias fueron solicitadas por la liquidadora principal de CISA y fueron autorizadas por el magistrado sustanciador.

¹²³ Al respecto, en su escrito el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, Angelino Garzón, señaló lo siguiente: *“(...) me permito solicitar a Ustedes Honorables Magistrados y Honorable magistrado, se sirvan estudiar la posibilidad de concederme una AUDIENCIA PÚBLICA, tal como lo dispone el Decreto No 2067 de 1991, artículos 12 y 13 para que sea escuchado por la plenaria de esa Honorable Corte Constitucional (...) Sigo insistiendo lo que he manifestado a lo largo de este proceso, en el sentido que no sería entendible un fallo adverso al Departamento si se tiene en cuenta que la Sociedad CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A –CISA S.A.-hoy en liquidación, no construyó la doble calzada Cali-Candelaria-Florida, que dicha sociedad recibió cerca de 15.400 millones de pesos en peajes entre 1996 y 1999, que la obra inicial que ejecutaron no cumplió con los requerimientos técnicos y de calidad exigidos, según estudios técnicos y de expertos que reposan en el expediente (...)”.* Folios 8 y 9 del cuaderno principal número 5 del expediente T-980611.

quienes solicitaban la realización de una audiencia pública para que fueran escuchados por la Sala Plena y presentaran sus argumentos frente al caso de la referencia.

Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación decidió negar la solicitud de convocar a una audiencia pública. Esta decisión fue adoptada previamente a iniciar las deliberaciones sobre la ponencia que sirvió de base para esta sentencia.

1. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico central al que la Corte Constitucional debe dar respuesta en el presente proceso es el siguiente: ¿Incurrieron el Tribunal de Arbitramento y la Sección Tercera del Consejo de Estado en una vía de hecho por defecto orgánico, consistente en haber desconocido la validez y firmeza del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato administrativo GM-95-04-017 suscrito entre CISA y el Departamento del Valle del Cauca?

Para dar respuesta a este interrogante, es necesario que la Corte se pronuncie sobre varios temas conexos. En primer lugar, se hará referencia al origen voluntario de la vía arbitral para resolver conflictos y a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, resaltando sus fundamentos constitucionales. Posteriormente, se hará referencia a los límites que pesan sobre los asuntos que son susceptibles de resolución por un tribunal arbitral, y los sujetos que pueden recurrir al arbitramento para resolver sus disputas. Posteriormente se aludirá a la fuerza vinculante del laudo arbitral y la restricción en las vías judiciales para controvertirlo, para luego explicar las hipótesis de procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Finalmente, se resolverá el caso concreto.

2. El origen voluntario de la vía arbitral de resolución de conflictos y la naturaleza jurisdiccional del arbitraje: fundamentos constitucionales.

Dispone el artículo 116 de la Carta, en su último inciso, que *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*. A la luz de esta definición, se tiene que el arbitramento es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, expresamente autorizado por la Constitución Política, mediante el

De otro, en su escrito Wilson Ruiz Orejuela señaló lo siguiente: *“(...) en consecuencia, dada la trascendencia social, económica, ética, moral y jurídica del caso sometido a su juicio, solicito muy respetuosamente a la honorable Sala Plena de esta Corporación, se sirva fijar fecha y hora para ser escuchado en audiencia pública (...) con el fin de dar a los honorables magistrados una mayor ilustración, acerca de la litis que ha demandado toda la atención del pueblo vallecaucano, directamente afectado con la decisión que de manera definitiva sea proferida por este Cuerpo Judicial”*. Folio 48 del cuaderno principal número 5 del expediente T-980611.

cual las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, confían la decisión del conflicto que los enfrenta a uno o más particulares, que adquieren el carácter de árbitros y administrarán justicia resolviendo esa disputa específica, a través de un procedimiento arbitral que finaliza con una decisión plasmada en un laudo arbitral, cuya obligatoriedad las partes han aceptado de antemano¹²⁴. Los efectos de la voluntad de las partes han sido expresamente reconocidos por el Estado en virtud del artículo 116 citado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el arbitramento se define a partir de dos elementos constitutivos básicos: (1) la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica – por lo cual, desde esta perspectiva, los árbitros cumplen una función de tipo *jurisdiccional*; y (2) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado – aunque es la Constitución Política la que provee su fundamento último¹²⁵-, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han “habilitado” a los árbitros, según el artículo 116 citado. El poder de los árbitros para resolver un determinado conflicto tiene su origen, así, en la

¹²⁴ El arbitramento se define legalmente en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, que reproduce el artículo 111 de la Ley 446 de 1998: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. // El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundantan su decisión en el derecho positivo vigente. // En este evento el arbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico. // Parágrafo. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho”. En la sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que según el Código de Comercio y la doctrina constitucional, el arbitraje se define como un mecanismo expresamente autorizado por la Constitución, mediante el cual las partes en un conflicto transigible, a través de un contrato, renuncian a acceder a la jurisdicción ordinaria y someten las diferencias que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de un tercero o árbitro, que administrará justicia por medio de un procedimiento establecido por las partes o en la ley, y adoptará una decisión a la cual las partes aceptan sujetarse por anticipado: “El artículo 115 del Código de Comercio define el arbitraje ordinario (que difiere del internacional o del laboral) como el “mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. Adicionalmente, la doctrina constitucional definió el arbitramento como “un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”. // Así pues, la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley. Pues bien, este mecanismo alterno de resolución de conflictos fue expresamente autorizado por el artículo 116 de la Constitución cuando señaló que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (...) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”.

¹²⁵ En la sentencia C-431 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara) se explicó que, aunque el arbitramento se origina en un negocio jurídico privado y por virtud de la habilitación de las partes una vez han llegado a un acuerdo, quien les otorga a los árbitros la facultad transitoria de administrar justicia es la misma Constitución Política, desarrollada por la ley: “Así entonces, no obstante que el arbitramento se origina en un negocio jurídico privado, por virtud de la habilitación de las partes -una vez se ha llegado a acuerdo entre las partes-, quien le otorga la facultad de administrar justicia a los particulares en la condición de árbitros, es la misma Constitución Política. Subráyese que dicha habilitación es transitoria, pues al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral”.

voluntad compartida de las partes de atribuirles competencia para resolver un conflicto determinado, en virtud de una autorización constitucional expresa y del reconocimiento que de los efectos de dicha voluntad hizo el Estado. La jurisprudencia constitucional ha analizado detalladamente el alcance y contenido de estos dos elementos principales del arbitramento –el elemento contractual o voluntario, y el elemento jurisdiccional- desde sus decisiones iniciales, tal y como se expondrá a continuación.

2.1. La voluntad de las partes como origen y fundamento del arbitraje.

2.1.1. Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirlos a particulares¹²⁶. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas –cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial¹²⁷.

¹²⁶ La doctrina especializada en el arbitramento a nivel internacional y comparado también ha resaltado la importancia del acuerdo entre las partes como base del proceso arbitral; así, se ha resaltado que el arbitramento depende del consentimiento de las partes, el cual, una vez otorgado, obliga a aquellas a cumplir la decisión adoptada, independientemente de si la comparten; y que al optar por el arbitramento, las partes acuerdan someter su disputa a un particular que habilitan para actuar como juez, excluir la jurisdicción de los jueces estatales y cumplir con la decisión del tribunal, así como fijar las reglas de procedimiento en la medida en que así lo permita el derecho estatal. Ver, a este respecto, Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): *“Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration”*. Kluwer Law International, 1999: *“No se disputa el hecho de que la base del arbitramento es contractual: el poder de un árbitro para resolver una disputa se fundamenta en la intención común de las partes a esa disputa. (...) La base contractual del arbitramento ha sido reafirmada constantemente en la legislación y la jurisprudencia. (...) En otras palabras, la naturaleza judicial del arbitramento no debilita, de ninguna manera, el principio igualmente sólido de la autonomía de las partes.”* (Traducción libre). También se puede consultar, en este sentido, Christian Bühling-Uhle: *“Arbitration and Mediation in International Business”*. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44: *“El arbitramento (...) depende del consentimiento de las partes pero una vez este consentimiento se ha otorgado, las partes quedan obligadas por la decisión independientemente de si la aceptan. Al optar por el arbitramento, las partes acuerdan someter su disputa a un tribunal privado, excluir la jurisdicción de las cortes públicas y cumplir la decisión de dicho tribunal. El acuerdo arbitral también sirve para establecer las reglas de procedimiento en la medida en que lo permita la ley del Estado donde se desarrolla el arbitramento (...).”* (Traducción libre). Ver también, Caivano, Roque: *“Arbitraje”*, Villela Editor, Buenos Aires, 2000, p. 98-99: *“(...) los árbitros ejercen jurisdicción y por lo tanto de allí se deriva el status jurídico de su función. Ello sin desconocer que su origen es generalmente contractual; o dicho de otro modo, tendría una raíz contractual y un desarrollo jurisdiccional. Se trata, en suma, de una jurisdicción instituida por medio de un negocio particular. (...) La voluntad de las partes permite sustraer de los órganos creados por el Estado la resolución de determinado tipo de controversias, atribuyendo esa misión a particulares, quienes se encuentran así temporalmente investidos –mientras sea necesario para el desempeño de su labor- de una verdadera jurisdicción. (...) La relevancia jurídica que tiene la voluntad de las partes en la admisión del sistema arbitral como fórmula para la resolución de sus controversias, más allá de su propia fuerza vinculante, viene dada porque la ley inviste a los árbitros de la autoridad necesaria para ejercer su función”*.

¹²⁷ De conformidad con el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 115 de la Ley 446 de 1998, *“por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso,*

En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas¹²⁸: la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias¹²⁹. Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la principal y fundamental diferencia entre la justicia que administran los árbitros y la que administran los jueces de la República es que, mientras que los jueces ejercen una función pública institucional que es inherente a la existencia misma del Estado, los particulares ejercen esa función en virtud de la habilitación que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado¹³⁰. También ha señalado que la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos estriba no sólo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos¹³¹, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente¹³².

las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.

¹²⁸ Dijo la Corte en la sentencia C-098 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) que “*el arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos*”.

¹²⁹ En la sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se afirmó, en este sentido: “*De lo expuesto es fácil concluir que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros (...). Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral*”. En idéntico sentido, en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte explicó: “*El arbitramento es voluntario. La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar (...) Así, el fundamento de esta figura procesal es, entonces, la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia*”.

¹³⁰ Sentencia C-294 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), en la que se afirmó: “*En principio, solamente puede señalarse una diferencia fundamental entre la justicia que administran los árbitros y la de los tribunales y jueces de la República a la cual se refiere el inciso primero del mismo artículo 116. Tal diferencia es ésta: // Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia, ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser “**habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad**”. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es **la voluntad de las partes** en conflicto, potencial o actual, la que **habilita** a los árbitros para actuar”.*

¹³¹ En este sentido, en la sentencia C-098 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), se dijo: “*...el arbitramento como la conciliación o la amigable composición, han de entenderse como institutos a los que el Constituyente les reconoció una función fundamental dentro la administración de justicia, pues son mecanismo a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias, sin*

2.1.2. La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral: por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general trazado por la ley. La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral, como se señalará más adelante. Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento¹³³.

2.1.3. Una consecuencia importante del papel central de la voluntad autónoma de las partes dentro del sistema de arbitramento es que la función conferida a los árbitros es *transitoria* o *temporal*, ya que al ser las partes en conflicto las que habilitan a los árbitros para resolver una determinada controversia, cuando se resuelve el conflicto desaparece la razón de ser de su habilitación¹³⁴. Otra consecuencia es que las partes, al prestar su consentimiento para habilitar a los árbitros, adquieren la responsabilidad de actuar de manera diligente para establecer con precisión los efectos que tendrá para ellas acudir a la justicia arbitral, y conocer las consecuencias jurídicas y económicas que para ellas se derivarán de tal decisión¹³⁵. Un tercer efecto es que cualquier circunstancia

la intervención directa del Estado, lo que permite no sólo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos”.

¹³² En este sentido, en la sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte señaló: “Además, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia (CP art. 228). Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º), que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias”.

¹³³ En la sentencia C-242 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), se afirmó: “El arbitramento, que es el que interesa para el caso en estudio, consiste en un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”.

¹³⁴ Sentencia C-294 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), en la que se afirmó que “los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, **transitoriamente**. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral”. Más tarde, en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se reafirmó que “el arbitramento es de carácter temporal. No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público (...)”.

¹³⁵ Dijo la Corte en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz): “Es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo. (...)La manifestación de voluntad, que da lugar a la

que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos afecta la legitimidad tanto del tribunal arbitral como de las decisiones que él adopte, y constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia; de tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno¹³⁶, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial¹³⁷. Por otra parte, la importancia del principio de voluntariedad o poder de habilitación marca, como se verá, uno de los límites materiales para la operancia del sistema de arbitraje, a saber, que aquellos asuntos que no se encuentran dentro de la órbita de libre disposición y autonomía de las partes en conflicto no pueden someterse a la decisión de tribunales arbitrales.

2.1.4. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la importancia de la voluntad autónoma de las partes en conflicto dentro del sistema arbitral no obsta para que el Legislador adopte regulaciones generales sobre la materia, puesto que la misma Constitución dispone, en el inciso final del artículo 116, que los particulares podrán administrar justicia como árbitros *“en los términos que determine la ley”*¹³⁸.

sujeción de ciertos eventos a la decisión de los árbitros debe ajustarse a una regulación detallada, destinada a garantizar que la puesta en funcionamiento de la justicia arbitral no sea el fruto del deseo caprichoso de los sujetos en contención. El fundamento de esta figura procesal debe ser la determinación libre de las partes de acudir a un mecanismo alternativo para resolver conflictos. Como en todo negocio jurídico, también en el acuerdo que da paso al arbitraje, es deber de las partes establecer con precisión los efectos que han de seguirse de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas que tal decisión produce; sólo así puede decirse que la cláusula compromisoria es plenamente eficaz”.

¹³⁶ En la sentencia C-098 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez), se señaló que la característica constitucional central de esta institución es que las partes del conflicto determinan en forma autónoma y voluntaria que no serán los jueces estatales sino un particular habilitado por ellos el que resolverá su controversia, sin apremio alguno para ejercer su poder habilitante: *“La nota característica de este instituto, requisito que la propia Constitución impone y que la jurisprudencia constitucional ha resaltado (...), está en que los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinen autónoma y voluntariamente que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias - poder habilitante de las partes -. Es, en este contexto, en donde el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues son las partes las que voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal”.*

¹³⁷ En este sentido, en la sentencia C-060 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte explicó –en relación con un contrato de concesión–: *“En este punto, resulta necesario reiterar que, tanto el convenio que da origen al contrato de concesión -sobre el que versa el parágrafo parcialmente demandado-, como todas las decisiones tomadas en desarrollo de este vínculo contractual, tienen que ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Si algún significado ha de dársele al principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional (pública y privada), éste tiene que ver con la posibilidad de que sean los propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia. (...) Sobre este particular, no puede perderse de vista el hecho de que, tanto la cláusula compromisoria -que se incluye en los contratos con el propósito de hacer posible los arreglos arbitrales-, como el compromiso, son entidades jurídicas que surgen del acuerdo explícito de las partes y, como tal, son el resultado del análisis de circunstancias concretas que desde el punto de vista jurídico -incluso económico-, hacen recomendable recurrir a un tribunal de arbitramento”.*

¹³⁸ Algunas de las características básicas del arbitramento, derivadas de la autonomía de la voluntad y recién reseñadas, fueron sintetizadas así en la sentencia C-1038 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett): *“Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad,*

2.1.5. La Corte Constitucional ha otorgado especial importancia al principio de voluntariedad que rige al sistema arbitral, al examinar la constitucionalidad de disposiciones legales que regulan el tema; así, ha declarado en varias oportunidades la inexequibilidad de normas que restringen o impiden la expresión autónoma y libre de la voluntad para acudir al arbitramento, y en otros casos ha ejercido el control constitucional sobre disposiciones legales con especial atención a la forma en que éstas materializan o respetan el principio de habilitación voluntaria de los tribunales arbitrales, tomando éste como el criterio central para declararlas ajustadas a la Carta Política.

2.1.5.1. Así, en la sentencia C-242 de 1997¹³⁹, la Corte examinó el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, en virtud del cual las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían incluir en sus estatutos una cláusula arbitral¹⁴⁰. En criterio del demandante, la obligatoriedad de pactar esta cláusula privaba a los particulares del derecho de acceso a la administración de justicia por el Estado, si así lo preferían en casos concretos. Para la Corte, el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales de los árbitros exige, por mandato constitucional, habilitación expresa por las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, por lo cual se requiere necesariamente el consentimiento de quienes han de someter sus diferencias a un tribunal arbitral, a través de un acuerdo específico *inter partes* en relación con cada contrato o con una controversia específica, que manifieste la espontánea y libre voluntad de someterse a este mecanismo de resolución de conflictos¹⁴¹; la necesidad de llegar a un acuerdo específico entre las partes precluye, así, el establecimiento de mandatos obligatorios y genéricos en la ley, en el sentido de someter necesariamente las diferencias surgidas entre los asociados o entre

pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”. Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo “problema jurídico puede ser objeto de un laudo”, ya que “es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”. Finalmente, (v) la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso”.

¹³⁹ M.P. Hernando Herrera Vergara

¹⁴⁰ Disponía esta norma: “En los estatutos se advertirá que las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a la decisión arbitral; las decisiones de los árbitros estarán sujetas a control judicial por medio del recurso de anulación del laudo o del recurso extraordinario de revisión, en los casos y por los procedimientos previstos en las leyes”.

¹⁴¹ “Desde luego, que conviene destacar que la realización de funciones jurisdiccionales por los árbitros requiere por exigencia constitucional de la habilitación por las partes en conflicto para que puedan proferir, en cada caso en concreto, los fallos en derecho o en equidad en los términos legalmente establecidos (C.P., art. 116); lo que indica que para que sea procedente al utilización de este mecanismo en la misión esencial de administrar justicia por particulares investidos transitoriamente de dicha facultad, se requiere indefectiblemente del consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han optado por someter sus conflictos a la decisión arbitral. // Lo antes expresado significa que, la mencionada habilitación a particulares para que ejerzan la función pública de impartir justicia, debe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias, a causa de la espontánea y libre voluntad de someterse al proceso arbitral, a cambio del conocimiento de las mismas por la jurisdicción ordinaria”.

éstos y la sociedad al trámite arbitral, pues ello desconoce el mandato constitucional según el cual son las partes las únicas que pueden habilitar transitoriamente a los árbitros para resolver sobre casos específicos¹⁴², y además impide a los asociados determinar libremente si optan por acceder al sistema estatal de administración de justicia¹⁴³. En consecuencia, recordando que el arbitramento no puede sustituir al sistema estatal de administración de justicia en forma absoluta e indefinida en el tiempo so pretexto de resolver prontamente los conflictos –puesto que el arbitramento sólo procede en forma excepcional y transitoria, respecto de materias susceptibles de transacción y en virtud de acuerdo expreso para habilitar a los árbitros en cada caso particular¹⁴⁴–, la Corte afirmó que, en el contexto de las empresas de servicios públicos, los conflictos entre los asociados o de éstos con la sociedad con motivo del contrato social se pueden someter a arbitramento, pero en cada caso concreto, de manera libre y voluntaria y no obligatoria, en ejercicio espontáneo de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación¹⁴⁵. La norma que imponía el arbitramento fue, en consecuencia, declarada inexecutable.

2.1.5.2. Posteriormente, en la sentencia C-1140 de 2000¹⁴⁶, la Corte se pronunció sobre los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, que regulaban la conformación y el funcionamiento de tribunales de arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras. La Corte indicó que, en la práctica, estos créditos se otorgan mediante contratos de adhesión en los que el deudor es la parte débil y simplemente acepta las reglas prefijadas por la entidad financiera, en formatos preimpresos que de hecho se ve forzado a aceptar, para luego aceptar los árbitros impuestos por la institución que otorgó el crédito. Preciso esta Corporación que, en este tipo de negocios en los que las partes están en

¹⁴² En términos de la Corte: “De ahí que, disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio, que el instrumento que debe utilizarse para resolver las diferencias surgidas entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, sea el del procedimiento arbitral, desconoce el mandato contenido en el artículo 116 de la Constitución Política, según el cual “son las partes” las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”

¹⁴³ Dijo la Corte: “Igualmente, en el precepto acusado se impide, por consiguiente, la determinación libre que tienen los asociados de las mencionadas “E.S.P.”, de someter las diferencias a la decisión arbitral de particulares, dada la obligatoriedad de la norma, cercenando así el derecho al acceso a la jurisdicción ordinaria, investida del principio de gratuidad y permanencia de que está revestida la administración de justicia (C.P., art. 218 y 229)”.

¹⁴⁴ “Además, no tiene fundamento alguno de carácter jurídico pretender que el arbitramento pueda sustituir la jurisdicción ordinaria de manera absoluta e indefinida en el tiempo, bajo el pretexto de obtener una definición pronta del conflicto, ya que la institución arbitral solamente es procedente y viable en forma excepcional y transitoria, según los ordenamientos constitucionales anteriormente citados y respecto de materias susceptibles de transacción, en desarrollo del acuerdo expreso de las partes, mediante la habilitación de los árbitros para proferir el respectivo fallo en cada caso en particular”.

¹⁴⁵ “De lo anterior se colige, entonces, que en las empresas de servicios públicos domiciliarios “E.S.P.” las diferencias que surjan entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, pueden libre, y no obligatoriamente, y en cada evento específico someterse a la decisión de un tribunal de arbitramento, a fin de que éste dirima el respectivo conflicto, en desarrollo del ejercicio espontáneo de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, para que los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en su calidad de árbitros “habilitados por las partes”, profieran sus fallos en derecho o en equidad, en los términos señalados por la ley”.

¹⁴⁶ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

desequilibrio efectivo entre sí, y dada la ausencia de reglas claras que permitan llegar a acuerdos reales y genuinos sobre la atribución de competencia a tribunales arbitrales, las normas que propician la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos desconocen el carácter extraordinario que la Constitución asigna al arbitramento, que exige una habilitación libremente acordada por las partes, y no la imposición por una de ellas. Se resaltó, en este orden de ideas, que los tribunales arbitrales han de ser convenidos libremente por las personas que participan en la relación negocial, y no impuestos por la más fuerte¹⁴⁷. Por ello, para la Sala Plena, las normas eran abiertamente inconstitucionales, dado que propiciaban la inclusión de cláusulas compromisorias en este tipo de contratos, lo cual en su criterio violaba el derecho de acceso a la administración de justicia, el principio de igualdad, el objetivo de lograr un orden justo y el derecho a la vivienda digna¹⁴⁸. Como consecuencia de este análisis, se declararon inexecutable las normas acusadas.

2.1.5.3. Más tarde, en la sentencia C-060 de 2001¹⁴⁹, la Corte estudió un segmento del artículo 19 de la Ley 182 de 1995, en virtud del cual si no se

¹⁴⁷ En términos de la Corte, “(...) en todo caso es importante anotar que, en relación con el artículo 36 de la Ley objeto de análisis, también resulta ostensiblemente inconstitucional que una de las partes tenga la efectiva capacidad de sustraer de manera absoluta esta clase de procesos del normal conocimiento de la justicia ordinaria. El artículo 116 de la Constitución, al prever la posibilidad del arbitramento, lo contempla como extraordinario, puesto que, además de hacerlo transitorio, exige la “habilitación” por las partes, lo que significa que, por definición, debe ser convenido, no impuesto. Y, con base en el principio que obliga al juez - con mayor razón al de constitucionalidad- a velar por la prevalencia del Derecho sustancial (art. 228 C.P.), esta Corte no puede pasar inadvertida la circunstancia del desequilibrio efectivo entre los contratantes en los préstamos hipotecarios, ni la falta de reglas claras en la normatividad objeto de examen, que permitieran llegar a genuinos y reales acuerdos en un plano de igualdad. // Debe advertir la Corte que lo dicho no implica la condena de los pactos arbitrales per se, pues tales cláusulas y los tribunales de arbitramento, como mecanismos alternativos de solución de conflictos, constituyen valioso instrumento para alcanzar el orden y la paz sociales, siempre y cuando se cumpla con la indispensable condición de efectividad consistente en que las partes en controversia tengan plena libertad para decidir acerca de si acuden o no a ese medio, y nunca porque así lo imponga la parte más fuerte, porque entonces dicha figura pierde su razón de ser, resulta distorsionada su finalidad, y a la postre se convierte en motivo adicional de querrela social, pues es muy probable que la parte que se ha visto obligada a acudir a la justicia arbitral -por fuerza de las aludidas circunstancias de debilidad- desconozca su legitimidad”.

¹⁴⁸ Dijo la Corte: “Para la Corte es palmaria la inconstitucionalidad de los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, acusados en este proceso. (...) Estima esta Corporación que la implantación de ese sistema destinado a resolver los conflictos contractuales que se presenten con ocasión del crédito para adquisición de vivienda, viola el derecho de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política), el principio de igualdad (artículo 13 ibídem) y el objetivo constitucional de un orden justo (Preámbulo), además de frustrar -por contera- el ejercicio del derecho a una vivienda digna (art. 51 C.P.). // En primer lugar, debe resaltarse que en la aludida materia operan los contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual, mientras que el deudor -parte débil de la relación- limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero. // Es indiscutible que quien pide el préstamo para la adquisición de vivienda se ve sometido a las imposiciones contractuales de las entidades financieras. Así las cosas, la expresa alusión legal a que “solamente por solicitud expresa del deudor podrá pactarse el procedimiento de arbitramento” resulta ser una inocua garantía para evitar que éste se vea presionado y obligado a suscribir una cláusula compromisoria, si se tiene en cuenta la frágil posición que él ocupa en la relación convencional. // En efecto, muy fácilmente, bajo la modalidad de formatos preimpresos, quien pide el préstamo se ve abocado a suscribir la cláusula compromisoria por temor a que no se le otorgue el préstamo, y así la parte más fuerte de la relación contractual termina imponiendo su exclusiva voluntad, aunque pueda en apariencia presentarse una realidad distinta. // Y después, en los términos de la normatividad impugnada, la institución financiera -que en principio sufraga los honorarios de los árbitros- los escoge, o los impone. // De la normatividad demandada no surge directamente la regla aplicable a la forma en que han de ser escogidos los árbitros, y por tanto ello resultaría de la manera en que se redacte la cláusula contractual respectiva, la cual, incluida en un contrato por adhesión, deja de nuevo indefenso, también en ese punto, al usuario”.

¹⁴⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz

llegaba a un acuerdo entre los concesionarios del servicio de televisión y las empresas de servicios públicos o el Estado sobre el uso de la infraestructura de redes de cableado, ductos y postes existentes para efectos de facilitar la transmisión de la señal, se habría de someter la controversia a arbitramento de conformidad con el Código de Comercio. La norma fue demandada por contrariar el artículo 116 Superior, que parte de la base de que la atribución temporal de funciones jurisdiccionales a los árbitros resulta de una habilitación expresa por las partes, y no de una imposición legal como la demandada, que en criterio de los peticionarios restringía el derecho de acceso a la administración de justicia. La Corte Constitucional reiteró, en primer lugar, que el arbitramento es marcadamente voluntario, por lo cual las cláusulas compromisorias deben resultar de la libre discusión de las partes, y no de condiciones legalmente impuestas a uno de los contratantes, pues lo contrario desconocería el principio de autonomía de la voluntad, particularmente en relación con la decisión de los procedimientos y autoridades que han de resolver eventuales desacuerdos contractuales¹⁵⁰. También recordó la Sala Plena que la autorización constitucional para acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos no puede tomarse como vía libre para bloquear el acceso a la administración de justicia¹⁵¹. En consecuencia, para la Corte la norma acusada, al disponer que se había de acudir obligatoriamente a arbitramento, era contraria al carácter voluntario, temporal y excepcional de la justicia arbitral; por ello el Legislador había excedido los límites de la figura del arbitraje, basados en el acceso libre y opcional de las partes a esta forma alternativa de resolución de conflictos¹⁵². Enfatizando que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso son instituciones jurídicas derivadas de un acuerdo explícito, y que resultan del análisis de circunstancias jurídicas y económicas concretas que hacen recomendable recurrir a un tribunal arbitral, la Corte afirmó que no se puede crear mediante ley un arbitramento obligatorio para resolver disputas contractuales, ya que ello crearía una instancia forzosa que desconocería la libertad de las partes para solucionar sus conflictos y restringiría el acceso a la

¹⁵⁰ Dijo la Corte: “En este punto, resulta necesario reiterar que, tanto el convenio que da origen al contrato de concesión -sobre el que versa el parágrafo parcialmente demandado-, como todas las decisiones tomadas en desarrollo de este vínculo contractual, tienen que ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Si algún significado ha de dársele al principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional (pública y privada), éste tiene que ver con la posibilidad de que sean las propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia”.

¹⁵¹ “En la medida en que toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia, estos estímulos legales al uso de los mecanismos alternativos de solución de los conflictos no pueden llegar al extremo de bloquear o afectar de manera desproporcionada la posibilidad de una persona de llevar su controversia ante los jueces”.

¹⁵² En términos de la Corte: “Resulta contradictorio con el carácter voluntario, temporal y excepcional que se le reconoce al arbitramento -en los términos ya aludidos-, que una disposición legal pretenda establecer la obligatoriedad de dicho mecanismo en el evento de no existir acuerdo sobre el uso de ciertas redes de comunicación entre el Estado o las empresas prestadoras de servicios públicos, y los concesionarios del servicio de televisión. Sin duda, se trata de una norma que excede los límites sobre los que la institución arbitral se sustenta, que guardan íntima relación con el hecho de que la utilización de la justicia arbitral, como forma alternativa de resolución de los conflictos, sea el resultado de la libre decisión de las partes que ante un evento cierto, que se debate, optan por encargar su resolución a particulares designados por ellas”.

administración de justicia¹⁵³. Por lo tanto, reiterando que las diferencias entre el Estado y los concesionarios del servicio de televisión, o entre éstos y las ESP, pueden someterse a tribunales arbitrales siempre y cuando se decida hacerlo en forma libre y reflexiva y no como consecuencia de una imposición legal¹⁵⁴, la Corte declaró inexecutable las expresiones acusadas.

2.1.5.4. Un año después, en la sentencia C-1038 de 2002¹⁵⁵, la Sala Plena de la Corte se pronunció sobre las normas legales –contenidas en el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 446 de 1998- que atribuían a los Centros de Arbitraje funciones de índole jurisdiccional durante la etapa prearbitral, en relación con la admisión o rechazo de la solicitud de convocatoria a un tribunal arbitral, la realización de la audiencia de conciliación, la designación de los árbitros y la conformación e instalación del tribunal. Se argumentaba en la demanda que, al no haber sido designados expresamente por las partes para administrar justicia, los funcionarios de los Centros de Arbitraje no podían cumplir con estas funciones, o de lo contrario estarían violando el artículo 116 Superior. La Corte, luego de recordar la importancia del principio de habilitación o voluntariedad dentro del diseño constitucional y legal del arbitraje, explicó que durante la etapa prearbitral, los funcionarios de los Centros de Arbitraje cumplen funciones de gran trascendencia que implican el ejercicio de poderes procesales, tales como la notificación, admisión y rechazo de la solicitud de convocatoria, la decisión de los recursos correspondientes y la conducción de la audiencia de conciliación. Si bien consideró que no pugna con la Constitución ni con el carácter voluntario del arbitramento el hecho de que la ley regule el adelantamiento de esta etapa prearbitral -puesto que el Legislador mantiene su competencia constitucional para establecer los términos en que se ejercerá la función arbitral y para proteger el debido proceso-, y que tampoco es inconstitucional que, dentro del marco legal, los centros de arbitraje colaboren para la conformación adecuada y ágil de los tribunales, afirmó que sí surge un problema constitucional cuando a los funcionarios de dichos Centros se les confieren legalmente funciones judiciales, que reñirían con el

¹⁵³ En palabras de la Corte: “Sobre este particular, no puede perderse de vista el hecho de que, tanto la cláusula compromisoria -que se incluye en los contratos con el propósito de hacer posible los arreglos arbitrales-, como el compromiso, son entidades jurídicas que surgen del acuerdo explícito de las partes y, como tal, son el resultado del análisis de circunstancias concretas que desde el punto de vista jurídico -incluso económico-, hacen recomendable recurrir a un tribunal de arbitramento. Por otro lado, no es concebible que por medio de una ley se establezca la obligatoriedad del arbitramento para la resolución de contenciones contractuales, pues de este modo se crea una instancia forzosa que no respeta la libertad de las partes para solucionar sus litigios y restringe indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia. Por estas razones las expresiones demandadas serán declaradas inexecutable”

¹⁵⁴ Dijo la Corte: “Ahora bien: no puede pensarse, so pena de incurrir en un grave error de interpretación, que el pronunciamiento de la Corte sobre este particular impide u obstaculiza la aplicación de formas alternativas de solución de conflictos a las diferencias que se presentan entre el Estado y los concesionarios del servicio público de televisión. El sometimiento de los desacuerdos nacidos en cumplimiento de un contrato -en este caso el de concesión-, a la decisión de particulares investidos de poderes judiciales, es una figura constitucional -artículo 116 C.P.- cuya aplicación ha sido respaldada y alentada por la jurisprudencia de la Corte, si bien siempre condicionada a la necesidad de proteger la integridad de la jurisdicción ordinaria y asegurar el recto ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos, quienes de manera libre y reflexiva siempre podrán optar por acudir ante la justicia arbitral para la resolución de sus problemas jurídicos”.

¹⁵⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett

principio de habilitación de los árbitros por las partes¹⁵⁶. Luego de analizar la naturaleza de los actos adelantados durante la etapa prearbitral por los Centros de Arbitraje, la Corte concluyó que gran parte de sus funciones eran de naturaleza jurisdiccional, por cuanto (i) implicaban la adopción de decisiones y el adelantamiento de trámites directa e indisolublemente vinculados con el proceso arbitral, que es judicial, (ii) esas decisiones tenían consecuencias importantes para el acceso a la justicia arbitral, porque se decidía, por ejemplo, sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal, (iii) su ejercicio podía implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia, y (iv) se sometían en cuanto al fondo y a la forma a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que gobiernan las actuaciones judiciales¹⁵⁷. En consecuencia, teniendo en cuenta que el artículo 116 de la Carta autoriza a los particulares para habilitar a los árbitros, y no a los Centros de Arbitraje, para administrar justicia, se concluyó que desconoce la Constitución la atribución legal de funciones judiciales a los funcionarios de dichos centros¹⁵⁸. Se resaltó, en esa medida, que es la voluntad de las partes la que activa la jurisdicción arbitral, la competencia de los árbitros y sus atribuciones, por lo cual admitir

¹⁵⁶ Dijo en este sentido la Corte: “(...) la Corte considera necesario precisar en primer lugar lo siguiente: el hecho de que el Legislador haya decidido regular los centros de arbitramento y atribuirle algunas competencias en la llamada fase prearbitral no es en sí mismo inconstitucional, pues como ya se explicó, la voluntariedad del arbitramento no excluye que el Congreso pueda regular el proceso arbitral. Esta competencia del Legislador es clara, no sólo porque expresamente el artículo 116 superior indica que el ejercicio de la función arbitral se adelanta “en los términos que determine la ley”, sino además porque, como se explicó, esa intervención legislativa aparece necesaria para amparar el derecho al debido proceso (CP art. 29). Por ello esta Corte había señalado con claridad “que el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones judiciales por parte de particulares a través de la institución del arbitramento y, de esta forma, regular un procedimiento reconocido desde la propia Constitución como una forma alternativa de resolver conflictos jurídicos” // No existe pues ningún reparo constitucional a la existencia misma de la regulación de las actividades y competencias de los centros de arbitraje, y a la colaboración de esas entidades, dentro de un marco legal, para una adecuada y ágil conformación de los tribunales de arbitramento. La pregunta que surge es si la normatividad específica prevista en las disposiciones acusadas vulnera el marco constitucional del arbitramento, en especial al conferirle, como lo señala el demandante, funciones judiciales a dichos centros y a sus directores durante la llamada fase prearbitral, mientras que, en desarrollo del principio de habilitación, la Carta sólo autorizaría la atribución de esas funciones exclusivamente a los árbitros mismos”.

¹⁵⁷ “Los anteriores criterios formales y materiales obviamente no son exhaustivos ni son de aplicación mecánica, pues en ocasiones pueden estar en tensión unos con otros. Sin embargo, la Corte considera que en el presente caso, ellos son suficientes para concluir que gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento en la fase prearbitral son de naturaleza judicial. De un lado, desde el punto de vista formal, en esa fase, si bien no se decide directamente el fondo de la controversia, si se toman decisiones y se llevan a cabo trámites que tienen una vinculación directa con el proceso arbitral, que es de naturaleza judicial. Por ende, y como bien lo destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado, esa etapa se encuentra indisolublemente ligada con un proceso judicial, y por ello se entiende que su naturaleza es también judicial. Por ello, se encuentra regulada por el estatuto procesal civil. De otro lado, desde el punto de vista material, las decisiones tomadas en esa fase prearbitral tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde al director del centro de arbitramento, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento. // Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales”.

¹⁵⁸ “El artículo 116 establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Esta norma señala entonces que los árbitros, cuando son habilitados por las partes, pueden ejercer la función judicial, pero no indica expresamente que los centros de arbitraje puedan desarrollar esas atribuciones. Por consiguiente, el actor acierta en que los particulares sólo pueden habilitar a los árbitros mismos, pero no a los centros de arbitraje; y por ello no puede la ley conferir atribuciones judiciales al centro de arbitraje, o a su director”.

el ejercicio de funciones judiciales excepcionales por quienes no han sido expresamente autorizados por la voluntad de las partes contraría el principio de habilitación que está a la base del arbitramento, y el carácter excepcional y por ende de interpretación restrictiva de este sistema, así como el texto del artículo 116 C.P. que se refiere a la habilitación de los árbitros, y no de los centros de arbitraje. Si bien la ley puede legítimamente asignar a estos centros funciones de apoyo y soporte, no ocurre lo mismo con las funciones jurisdiccionales; por ello, tal atribución se declaró contraria a la Carta Política¹⁵⁹. La Corte aclaró que esta decisión no es óbice para que las partes mismas habiliten libremente al Centro de Arbitraje para que lleve a cabo ciertas actuaciones, tales como la designación de árbitros en caso de que la persona designada para ello no lo haga, lo cual sí respeta el principio de voluntariedad y habilitación; tal designación, aclaró la Sala Plena, puede ser expresa y directa, o darse mediante la aceptación del reglamento del Centro de Arbitraje en el que se contemple tal hipótesis. Pero se enfatizó que lo que contraría la Constitución es que la ley establezca reglas supletivas de habilitación, en ausencia de la voluntad de las partes para habilitar expresamente el ejercicio de funciones jurisdiccionales respecto de sus conflictos¹⁶⁰. En consecuencia, la Corte determinó que los trámites de

¹⁵⁹ “Así, las funciones judiciales que se atribuyen a particulares deben ser conferidas de manera expresa, pues su carácter excepcional así lo exige. Tal conclusión se complementa perfectamente con el elemento de la voluntad de las partes, que deciden no sólo acudir a la justicia arbitral, sino quiénes serán los árbitros. En ese sentido, la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo el espíritu de la normatividad en materia de arbitramento -basada en la voluntad de las partes- sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva. // Admitir una interpretación contraria desconocería el tenor del artículo 116 de la Carta, según el cual los particulares sólo habilitan a los árbitros, no al centro de arbitraje ni a otros funcionarios para el ejercicio de una función tan delicada como la de administrar justicia. En ese orden de ideas, mal podría la ley hacer obligatoria la intervención de personas o entidades no autorizadas por las partes para intervenir en el procedimiento. Es menester entonces reconocer el peso del principio de habilitación al momento de conferir facultades judiciales a los particulares, sin que ello implique negar la importancia de las labores de apoyo y trámite, que pueden ejercer los centros de arbitraje. Sólo así puede ser evitada una participación extraña en el desarrollo de un procedimiento de carácter excepcional que opera basado en la habilitación dada por la voluntad de las partes que acuden al mecanismo. Con base en los fundamentos anteriores, esta Corte encuentra que el cargo del actor es acertado, pues los centros de arbitramento no pueden ser habilitados por la ley para tomar decisiones judiciales indisolublemente ligadas a la suerte del proceso arbitral. Dichas decisiones sólo pueden ser tomadas por los árbitros habilitados por las partes (CP art. 116), sin perjuicio de que la ley pueda conferir a dichos centros labores de apoyo al proceso arbitral, o el desarrollo de ciertas funciones en materia de conciliación”.

¹⁶⁰ Expresó la Corte, en lo pertinente: “La última parte de ese ordinal establece que ‘en caso contrario el Centro designará a los árbitros’. Este aparte implica que si aquella persona en quien las partes delegaron la designación de los árbitros no realiza dicha designación, entonces el Centro procederá a hacerla. // Ese aparte admite entonces dos interpretaciones. Conforme a una primera hermenéutica, las propias partes autorizaron en forma previa y expresa al centro de arbitramento a que realizara la designación de los árbitros, en caso de que el delegado no las realizara. Esa habilitación al centro puede haber sido directa, si las partes atribuyeron expresamente esa potestad al centro, indicando que correspondía a dicha entidad designar al árbitro, en caso de que la persona que había sido delegada para tal efecto, no cumpliera su labor. Pero la delegación puede ser también indirecta, si las partes acordaron expresamente aceptar el reglamento del centro, y ese documento establece que corresponde al centro designar a los árbitros, en aquellos eventos en que el tercero delegado por las partes no realiza dicha designación. (...) La Corte considera que la primera hermenéutica se ajusta plenamente a la Carta, pues las propias partes han acordado, ya sea de manera directa, o ya sea en forma indirecta, que el centro realice dicha labor. Y es que las partes pueden habilitar al centro también en forma indirecta, al aceptar el reglamento, pues, dentro de ciertos límites, los particulares pueden acordar las reglas del proceso arbitral, tal y como lo establece el artículo 7° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. // Por el contrario, la segunda posibilidad

admisión de la demanda arbitral, su traslado, y el examen de la posibilidad de reconvencción, deben ser realizados por los árbitros y no por el Director del Centro de Arbitraje, después y no antes de la instalación del Tribunal¹⁶¹.

2.1.5.5. Además de haber declarado inexecutable ciertas disposiciones legales -como las que se acaban de reseñar- por ser contrarias al principio de habilitación voluntaria de los árbitros por las partes, la Corte también ha asumido este principio como criterio guía para determinar la constitucionalidad de otras disposiciones del ordenamiento nacional. Así, por ejemplo, en la sentencia C-211 de 2000¹⁶², la Corte examinó el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en virtud del cual las diferencias que surjan en las cooperativas de trabajo asociado “*se someterán al procedimiento arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria*”. Para la Corte, esta norma era executable porque no imponía un arbitramento forzoso sino voluntario, puesto que dejaba abierta la opción a las partes de recurrir al sistema estatal de administración de justicia; recordó, en este sentido, que el arbitramento está basado en la voluntad de las partes, por lo cual sería inconstitucional una norma que lo estableciera de manera imperativa¹⁶³.

2.1.5.6. En el mismo sentido, en la sentencia C-330 de 2000¹⁶⁴, la Corte examinó las normas del Código Procesal del Trabajo (arts. 130 a 142) que consagran y regulan el arbitramento voluntario en materia laboral. La Corte señaló explícitamente que en el campo laboral es aplicable la figura del arbitramento voluntario, siempre y cuando en su regulación legal se respeten las garantías constitucionales mínimas que amparan a los trabajadores¹⁶⁵, así

desconoce el principio de habilitación pues corresponde a las partes, directamente o por medio de un delegado, designar a los árbitros, por lo que la ley no puede establecer reglas supletivas que no tomen en cuenta la voluntad expresa de las partes. Y esto sucede en esta segunda interpretación, pues la ley estaría atribuyendo al centro la designación de los árbitros, sin que las partes le hubieran conferido a esa entidad dicha atribución, ni de manera directa, ni en forma indirecta. // Por todo lo anterior, la Corte acoge el criterio de uno de los intervinientes y considera que es necesario condicionar el alcance de ese aparte, a fin de evitar una interpretación del mismo que pueda ser contraria al principio de habilitación. Esa expresión será declarada executable, pero en el entendido que el Centro podrá designar a los árbitros únicamente si las partes lo han autorizado previa y expresamente a realizar dicha designación, ya sea de manera directa, o ya sea en forma indirecta, si aceptaron el reglamento del centro y éste prevé que dicha entidad realizara la designación, si el tercero que había sido delegado para tal efecto, no cumple esa labor”.

¹⁶¹ El segmento relevante de la parte resolutoria de esta sentencia dice: “Declarar **INEXECUTABLE** la expresión “Previo a la instalación del tribunal de arbitramento” y el parágrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998. El resto de ese artículo 121 de la Ley 446 de 1998 es declarado **EXECUTABLE**, en el entendido que corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación”.

¹⁶² M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁶³ Dijo la Corte: “...disposición que, a juicio de la Corte no viola el estatuto superior, básicamente por tres razones: primero porque es la misma Constitución la que autoriza la justicia arbitral (art. 116); segundo, porque el arbitramento no es de carácter forzoso sino facultativo, es decir, que las partes pueden optar por acudir a él o no hacerlo; y tercero, por que no se impide a las partes acceder a la justicia laboral para definir los conflictos o controversias que surjan entre ellos en relación con su trabajo, que es su principal aporte. (...) La decisión de someter las diferencias a árbitros debe surgir de la libre y autónoma voluntad de las partes en conflicto. En consecuencia, las disposiciones que consagren el arbitramento con carácter obligatorio violan la Constitución, como ya lo reiterado esta corporación”.

¹⁶⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁶⁵ En términos de la Corte, “Las consideraciones que hasta ahora se han hecho alrededor de las características del arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, son plenamente aplicables cuando el estudio se restringe concretamente al ámbito del derecho laboral. Las controversias de

como el debido proceso, las reglas constitucionales que rigen el arbitramento, y el principio según el cual el recurso a un tribunal arbitral debe ser resultado de la libre manifestación de los contratantes, y no el producto de la presión ejercida por alguna de las partes con base en su superioridad de poder o negocial – caso en el cual se incurriría en un objeto ilícito¹⁶⁶. Con estas precisiones, las normas fueron declaradas ajustadas a la Constitución.

2.1.5.7. Finalmente, en la sentencia C-878 de 2005¹⁶⁷, la Corte estudió el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo, que dispone que únicamente se podrá pactar válidamente la cláusula compromisoria en las convenciones o pactos colectivos de trabajo. Esta norma fue demandada por considerar los actores que violaba el derecho a recurrir al arbitramento de los trabajadores no sindicalizados o que no formaban parte de un pacto colectivo. La Corte, sin embargo, advirtió que la interpretación de esta restricción legal se debe enmarcar dentro de la realidad de la desigualdad estructural de las relaciones laborales, la naturaleza de contrato de adhesión que usualmente presenta el contrato de trabajo y la subordinación del trabajador, así como el deber correlativo del Estado de mantener el equilibrio en las relaciones empleador-trabajador¹⁶⁸. Con base en esta contextualización, y reafirmando la importancia de la justicia arbitral en el campo laboral, la Corte procedió a determinar si la norma acusada garantizaba que cuando el trabajador renuncia a acudir al sistema estatal de administración de justicia, lo hace con pleno convencimiento de su decisión y no como efecto de la imposición de la

carácter individual o colectivo que surgen como resultado de la existencia de una relación de trabajo bien pueden ser ventiladas y resueltas por tribunales de arbitramento regidos por la ley. (...) En síntesis es posible afirmar que el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones judiciales por parte de particulares a través de la institución del arbitramento y, de esta forma, regular un procedimiento reconocido desde la propia Constitución como una forma alternativa de resolver conflictos jurídicos –también los originados en la relación de trabajo- (Artículo 116 C.P.). Sin embargo, este poder de configuración que se reconoce a la rama legislativa no es ilimitado, pues debe concordar con los principios y derechos consagrados en la Constitución en materia laboral”.

¹⁶⁶ “Cuando empleador y empleado pactan una cláusula compromisoria, acuerdan sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria controversias originadas en cumplimiento del contrato de trabajo con el propósito de confiar su resolución a árbitros. Siempre y cuando se respeten los principios del debido proceso y las directrices constitucionales que orientan la utilización de esta forma alternativa de resolución de conflictos, en los términos que han quedado consignados, resulta legítimo que las partes en una relación laboral acudan al proceso arbitral, y así lo dejen establecido en el contrato de trabajo, en el contrato sindical o en la convención colectiva. // Pero ha de insistirse en el hecho de que este mecanismo debe ser el resultado de la libre manifestación de los contratantes y no puede convertirse en una forma de presión ejercida o por el empleador o por el trabajador, para sacar provecho de su posición negocial superior. Si bien es cierto que en la práctica los acuerdos en materia laboral se plasman en verdaderos contratos por adhesión, las consecuencias jurídicas que se desprenden en los casos en que dentro de dichos negocios jurídicos se incluyen cláusulas que responden más a la imposición de uno de los contratantes, en claro perjuicio de los derechos del otro y de su capacidad decisoria -como bien puede ocurrir con la cláusula compromisoria-, ya han sido señaladas por este Tribunal, tachándolas de inválidas por recaer sobre un objeto ilícito. Resulta contrario a los principios constitucionales y legales que sustentan el derecho laboral, considerar que el acuerdo de voluntades en el que se origina el contrato de trabajo puede ser consecuencia de la aceptación forzada de una de las partes a las condiciones que señala la otra -usualmente con mayor poder-, antes que el fruto de la libre expresión de cualquiera de las partes”.

¹⁶⁷ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁶⁸ En términos de la Corte: “...A partir de la realidad de la desigualdad estructural de las relaciones laborales, de la obligación del Estado de intervenir con acciones positivas encaminadas a mantener el equilibrio en las relaciones entre empleador y trabajador, de la subordinación del trabajador al empleador, de considerar que el contrato de trabajo corresponde a un contrato por adhesión, es donde se debe ubicar la restricción legal de suscripción de la cláusula compromisoria”.

cláusula compromisoria por el empleador¹⁶⁹, dado que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, al constituir una derogación excepcional del sistema estatal de administración de justicia, deben pactarse de manera libre y voluntaria, y no ser producto de la imposición unilateral de una de las partes¹⁷⁰. Después de afirmar que por la trascendencia de la decisión de los trabajadores de renunciar a la resolución de los conflictos por el al sistema estatal de administración de justicia, el Estado está en la obligación de adoptar las precauciones legales pertinentes¹⁷¹, la Corte concluyó que la norma bajo estudio establecía un equilibrio legal entre las partes, al presumir que la cláusula compromisoria incluida en los pactos o convenciones colectivas surgía como producto de una amplia discusión previa, y que limitaba la posibilidad de que los trabajadores individuales firmaran cláusulas que no compartían o no habían podido controvertir, y que eventualmente podrían transformarse en obstáculos para la defensa de sus derechos laborales, dado – entre otros factores- el carácter oneroso de la justicia arbitral. En tal sentido, la Corte caracterizó la norma estudiada como una intervención legítima del legislador, orientada a proteger los derechos del trabajador y su acceso a la justicia, que además no es óbice para que los trabajadores opten por la justicia arbitral si la cláusula compromisoria está incluida en un pacto o convención, o si se firma el compromiso luego de la existencia del conflicto laboral¹⁷².

¹⁶⁹ “Entonces, si bien no está en discusión la importancia constitucional de la justicia arbitral en asuntos laborales, lo que sí debe examinar la Corte es si la ley está garantizando que cuando el trabajador renuncie a recurrir a la justicia ordinaria, lo haga con pleno convencimiento de su decisión. Es decir, que no sea producto de la imposición de una de las partes de hacer suscribir a la otra, de manera individual, la cláusula compromisoria”.

¹⁷⁰ Dijo la Corte: “El compromiso, como se sabe, no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que es un acto jurídico de nacimiento posterior, que surge cuando así se conviene por ellas para que se le dé solución a un conflicto posterior al contrato que, de no mediar el compromiso, debería ser decidido por la jurisdicción del Estado. El compromiso requiere la preexistencia del conflicto, de la contención, de la controversia jurídica por unos hechos determinados. No puede imponerse unilateralmente por una de las partes a otra, como un ejercicio abusivo del derecho para sustraer la decisión del litigio por los jueces. Exige, necesariamente que se pacte de manera autónoma, esto es, con una voluntad libre, exenta de vicios en el consentimiento, pues se trata nada menos de la derogación de la jurisdicción para el caso concreto”.

¹⁷¹ “Entonces, dada la trascendencia de la decisión del trabajador de renunciar a la justicia ordinaria para la solución de sus conflictos, nace para el Estado, a través del legislador, la obligación de adoptar las precauciones que estime convenientes”.

¹⁷² “En el caso sub exámine considero el legislador que se equilibraban las partes en este aspecto, bajo la presunción de que si la cláusula compromisoria consta en convención o pacto colectivo, querría decir que tal decisión había sido producto de una amplia discusión previa, en la que participaron el sindicato o los representantes de los trabajadores, y, por consiguiente, se adoptaba libre de presiones. De esta manera se limita la posibilidad de que tal renuncia sea producto de una aparente decisión individual del trabajador, quien para no poner en juego su contrato de trabajo, se vería obligado a firmar cláusulas con las que ni esté de acuerdo o que ni siquiera hubiere podido controvertir. // Además, la suscripción individual de esta cláusula por parte de los trabajadores podría convertirse en un obstáculo para hacer valer sus derechos laborales, pues, al tener que recurrir a la justicia arbitral, que es onerosa, mejor decidan desistir de demandar al empleador. (...) Por consiguiente, como conclusión se tiene : no sólo no se viola ninguna de las disposiciones constitucionales a las que se refiere el demandante con la restricción acusada, sino que se trata de una intervención legítima del legislador y justificada en la Constitución, con el fin de proteger al trabajador, para que no renuncie a la justicia ordinaria al suscribir individualmente la cláusula compromisoria, salvo si ésta consta en convención o pacto colectivo, pues, en este caso, existe la presunción de que su inclusión fue objeto de amplio debate sobre su conveniencia, por parte del sindicato o de los representantes de los trabajadores, según el caso. (...) se trata de una forma de garantizar el acceso de los trabajadores a la justicia ordinaria, en la que obra el principio de la gratuidad. Además, no se impide al empleado recurrir a la justicia arbitral si la cláusula consta en pacto o convención, o si obra en un compromiso, una vez ya se ha producido el conflicto”.

2.1.5.8. El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma.

2.2. La naturaleza jurisdiccional del arbitramento y sus principales manifestaciones.

El artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros, al disponer que éstos pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia; esta Corporación ha reconocido en anteriores pronunciamientos que el arbitramento es *“un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permite a los particulares -como lo dispone el artículo 116 de la Carta Política-, impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable”*¹⁷³. El carácter jurisdiccional de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento¹⁷⁴ – el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el negocio en cuestión¹⁷⁵. La doctrina constitucional ha

¹⁷³ Sentencia C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁷⁴ En este sentido, en la sentencia C-1436 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), se explicó que *“el arbitramento como mecanismo alterno de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o previniendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada”*.

¹⁷⁵ Así se explicó en la sentencia C-431 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara), al señalar: *“Debe anotarse, como aspectos relevantes del arbitramento, que la existencia del pacto arbitral sustrae o excluye el negocio sub-lite, de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sustituyéndola, y que, además, la actuación de estos Tribunales está totalmente rituada y desarrollada por la ley. // Ello, valga la pena enfatizarlo, no significa que se trate en materia del proceso arbitral, de una jurisdicción propia, independiente, autónoma y que se ejerza en forma permanente, distinta de la jurisdicción ordinaria: como se dejó expuesto, de una parte, el arbitramento no constituye una jurisdicción, y de la otra, el pacto arbitral lo que hace es sustraer de la competencia de la jurisdicción ordinaria, el negocio sub-lite”*.

examinado las características básicas del arbitramento en tanto acto jurisdiccional¹⁷⁶, así: (i) los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores; (ii) el arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de *fallos* en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes; (iii) los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros mediante un procedimiento arbitral diferente y especial; (iv) los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y (v) es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral¹⁷⁷, lo cual no obsta para que en virtud del principio de voluntariedad las partes también acuerden cuáles serán las reglas del procedimiento arbitral con miras a obtener una decisión justa, pronta y sin formalismos innecesarios. También ha

¹⁷⁶ La doctrina internacional especializada en el tema del arbitramento también ha resaltado que, por su definición misma, el arbitraje es una forma de administración de justicia basada en un acuerdo entre las partes, en la cual éstas presentan pruebas y argumentos a un tercero neutral que tiene la potestad de adoptar una decisión obligatoria, generalmente con base en estándares objetivos. Se resaltan como elementos constitutivos de este carácter judicial, el que la función de los árbitros es resolver una disputa, y el que su decisión es vinculante para las partes. Ver, a este respecto, Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): *“Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration”*. Kluwer Law International, 1999, p. 12 y ss: *“Los árbitros cumplen su papel judicial mediante la adopción de un laudo. Así, por ejemplo, el Artículo 1496 del Nuevo Código Francés de Procedimiento Civil, que establece que ‘el árbitro resolverá la disputa’, provee una indicación del hecho de que el ordenamiento francés confiere preferencia a este aspecto judicial del rol de los árbitros. Otras indicaciones incluyen las referencias en el Código al ‘tribunal arbitral’ (Art. 1502), y en el artículo 1476, al hecho de que ‘una vez adoptado, el laudo arbitral es cosa juzgada en relación con la disputa que resuelve’. (...) El carácter judicial del arbitramento permite distinguirlo de mecanismos similares, tales como la conciliación, la mediación, el arreglo (...). Hay dos aspectos en el rol judicial de los árbitros: sus decisiones deben ser obligatorias para las partes, y deben resolver una disputa. Estos simples principios determinan si los procedimientos en cuestión constituyen un arbitramento o no. (...) Un laudo arbitral será obligatorio para las partes del arbitramento. Así, se puede distinguir fácilmente al arbitramento de otros procedimientos en los que la intervención de un tercero no culmina en una decisión vinculante (...) Una de las principales características que ilustran la naturaleza judicial del rol de los árbitros es que, en su laudo, resuelven una disputa entre dos o más partes. Esto es reconocido universalmente en los sistemas jurídicos nacionales y en convenciones internacionales. Por ejemplo, en la Convención de Nueva York del 10 de Junio de 1958, las partes someten sus “diferencias” a arbitramento, y los Estados signatarios reconocen los laudos arbitrales como ‘obligatorios’ [Arts. II(1) y III de la Convención de Nueva York]. El artículo 1496 del Nuevo Código Francés de Procedimiento Civil es aún más explícito, al establecer que ‘el árbitro deberá resolver la disputa’.” (traducción libre). También se puede consultar, a este respecto, Christian Bühning-Uhle: *“Arbitration and Mediation in International Business”*. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44: *“El arbitramento se puede definir como una adjudicación basada en un acuerdo entre las partes. (...) La adjudicación es un proceso en el que las partes en disputa presentan pruebas y argumentos a un tercero neutral con poder para adoptar una decisión vinculante, generalmente basada en estándares objetivos”* (Traducción libre).*

¹⁷⁷ Así lo explicó la Corte en la sentencia C-242 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara): *“Las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación: 1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros. 2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad. 3. En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto. 4. El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral. 5. Corresponde a la Ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral.(...)”*.

explicado que, como consecuencia de su naturaleza jurisdiccional, el arbitramento constituye un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia¹⁷⁸.

El elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales: (a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa juzgada; y (b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir. Estos dos elementos diferencian al arbitramento de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la conciliación, la mediación o la amigable composición¹⁷⁹. Cada uno de estos elementos ha sido señalado en anteriores pronunciamientos de esta Corporación, como se expondrá a continuación.

2.2.1. La decisión de los árbitros debe resolver efectivamente la disputa, es vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada.

Es claro que una vez las partes han habilitado a los árbitros para ejercer la función jurisdiccional en relación con sus diferencias, se obligan a acatar la decisión que eventualmente éstos adopten mediante un laudo. En múltiples ocasiones, esta Corporación ha resaltado que al momento de acordar el sometimiento de sus disputas a tribunales de arbitramento, las partes aceptan de antemano la obligatoriedad de la decisión que dichos tribunales adopten; así, ha explicado que las partes, al prestar su consentimiento para someter sus diferencias y conflictos contractuales a la decisión de árbitros, *“radican en cabeza de los árbitros la competencia para resolver sobre las consiguientes controversias y se obligan a acatar lo decidido por aquéllos”*¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Se explicó en la sentencia C-242 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), en este sentido, lo siguiente: *“Frente a la afirmación del actor en el sentido de que pactar estatutariamente la celebración de un tribunal de arbitramento, como mecanismo de resolución de las diferencias surgidas en el seno de las empresas de servicios públicos ‘E.S.P.’, impide el ejercicio de derecho fundamental de acceso a la administración de justicia a las personas particulares que integren dichas empresas, no resulta de recibo por parte de la Corporación, toda vez que, el arbitramento constituye en sí mismo una forma de administrar justicia. // Por ello, es necesario aclarar que contrariamente a lo manifestado por el demandante, el arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, ya señaladas anteriormente, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley”*.

¹⁷⁹ La doctrina internacional sobre el tema también ha reconocido que los dos elementos determinantes de la naturaleza jurisdiccional de los laudos arbitrales son su efecto de cosa juzgada, que precluye el sometimiento del conflicto a un nuevo proceso judicial, y su capacidad de ser ejecutados. Ver a este respecto, Christian Bühring-Uhle: *Arbitration and Mediation in International Business*. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44: *“Al igual que las decisiones de los jueces, los dos efectos más importantes de un laudo son su poder de precluir un nuevo litigio (su efecto de cosa juzgada) y su capacidad de ser ejecutados. Ambos dependen del reconocimiento del laudo por las cortes nacionales.”* A nivel de derecho comparado, numerosos sistemas jurídicos reconocen explícitamente la fuerza de cosa juzgada que ampara a los laudos arbitrales; así sucede en Bélgica (art. 1703 del Código Judicial), los Países Bajos (Art. 1059 del Código de Procedimiento Civil), Alemania (art. 1055 del estatuto de 1997) y Francia (arts. 1476 y 1500 del Código de Procedimiento Civil). Ver, en este sentido: Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): *“Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration”*. Kluwer Law International, 1999.

¹⁸⁰ Sentencia C-426 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Por otra parte, el laudo arbitral debe resolver efectivamente la disputa que se somete a consideración del tribunal de arbitramento, ya que la finalidad misma de la habilitación de los árbitros por las partes es la de obtener una solución para el conflicto que las enfrenta, a través de un mecanismo alternativo a la jurisdicción estatal permanente; y dicha resolución, al ponerle fin a una disputa mediante un acto de naturaleza jurisdiccional, hace tránsito a cosa juzgada. La jurisprudencia constitucional ha afirmado en este sentido que es, precisamente, por habérseles atribuido la facultad de *resolver conflictos jurídicos* que los árbitros administran justicia en casos particulares¹⁸¹, y que “*constituido el tribunal, los árbitros quedan revestidos de autoridad judicial para resolver el correspondiente litigio*”¹⁸². La definición misma de *arbitramento* que ha aplicado la jurisprudencia constitucional concibe el acto arbitral como aquel en el cual una persona o varias, ejerciendo una competencia originada en la habilitación de las partes como manifestación de la autonomía de su voluntad, resuelven las controversias en un caso concreto una vez han comprobado los hechos e inferido sus consecuencias, con efecto de cosa juzgada¹⁸³. De esta manera, ha señalado la Corte que una vez se ha integrado el Tribunal y se ha investido a los árbitros del poder de administrar justicia para el caso concreto, obran como un juez, por lo cual el laudo arbitral, en tanto acto jurisdiccional adoptado después de seguir el procedimiento preestablecido para verificar los hechos, valorar las pruebas y extraer una consecuencia en derecho o en equidad, según la voluntad de las partes, hace tránsito a cosa juzgada al igual que las sentencias judiciales¹⁸⁴; y ha caracterizado el laudo arbitral, sea en derecho o en equidad, como una decisión eminentemente jurisdiccional que equivale a una providencia judicial, en la medida en que resuelve el conflicto entre las partes

¹⁸¹ En efecto, en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se explicó que “*el arbitraje es, entonces, una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia, pues se les confiere la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten un derecho*”.

¹⁸² Sentencia C-426 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁸³ Así se dijo en la sentencia C-431 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara): “*En primer lugar, cabe señalar que el acto arbitral puede definirse como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada*”.

¹⁸⁴ Así lo explicó la Corte en la antes citada sentencia C-431 de 1995: “*Una vez integrado o constituido el Tribunal, los árbitros quedan investidos de la facultad o poder de administrar justicia en el caso concreto o litigio correspondiente, en el cual profiere actos jurisdiccionales. En este sentido, los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido, deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de ese acervo, una consecuencia definitiva, contenida en un proveído, denominado laudo arbitral, que formal y materialmente es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho, que produce efectos de cosa juzgada*”. El efecto de cosa juzgada que cubre los laudos también se indicó en la sentencia C-1436 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), donde se explicó que “*el arbitramento como mecanismo alterno de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral– que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada*”.

pronunciándose sobre los hechos, pretensiones, pruebas y reglas jurídicas aplicables¹⁸⁵.

Ahora bien, debe aclararse que aunque son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y, por lo mismo, quedan cobijados por la cosa juzgada, los laudos arbitrales no son completamente equiparables en sus características formales y materiales a las sentencias judiciales, principalmente porque al ser producto de una habilitación expresa, voluntaria y libre de los árbitros por las partes en conflicto, no están sujetos al trámite de segunda instancia a través del recurso de apelación, como sí lo están las decisiones adoptadas por los jueces. Si los laudos fueran apelables ante los jueces, la disputa cuya resolución las partes voluntariamente decidieron confiar a unos particulares habilitados por ellas terminaría siendo desatada precisamente por el sistema estatal de administración de justicia de la cual las partes, en ejercicio de su autonomía contractual y de la facultad reconocida en el artículo 116 de la Constitución, querían sustraer esas controversias específicas en virtud de una cláusula compromisoria o de un compromiso. Las vías legales para atacar los laudos son extraordinarias y limitadas, por decisión del legislador en desarrollo de la Constitución: contra ellos únicamente proceden los recursos de homologación (en materia laboral), de anulación (en los ámbitos civil, comercial y contencioso administrativo) y, contra la providencia que resuelve el recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión.

Tales recursos han sido concebidos como mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral, no como vías para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo. Por eso, las causales para acudir en el ámbito contencioso administrativo al recurso de anulación son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquiera otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia, como se verá posteriormente.

2.2.2. El arbitramento tiene naturaleza procesal, y por lo mismo está sujeto a un marco legal.

En anteriores pronunciamientos esta Corte ha resaltado la naturaleza procesal del arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Se trata de un proceso, porque los particulares, al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco específico trazado por el legislador. Por ello, el arbitramento se concibe como un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas, a través

¹⁸⁵ Así se dijo en la sentencia C-242 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara): “Adicionalmente, la decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente”.

de una serie de etapas y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los árbitros¹⁸⁶.

También ha señalado la Corte que, por mandato legal, los árbitros tienen en términos generales los mismos poderes procesales básicos con los que cuentan los jueces estatales al administrar justicia, a saber, (i) el poder de decisión para resolver en forma obligatoria la controversia, (ii) el poder de coerción, para procurar los elementos necesarios para el cumplimiento de la decisión, y (iii) el poder de documentación o investigación para practicar pruebas, y valorándolas llegar a la verdad necesaria para adoptar la decisión que en derecho corresponda¹⁸⁷. Lo que es más, esta Corte ha indicado que una vez las partes han facultado a un tribunal arbitral para resolver sus litigios, ha de entenderse que dicho tercero queda habilitado para adoptar todas las medidas permitidas legal y convencionalmente para la resolución del conflicto que se somete a su conocimiento, y que las partes no pueden luego privarlo de las facultades necesarias para cumplir su función¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Este punto se explicó así en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz): *“El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. // El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”*.

¹⁸⁷ En la sentencia C-431 de 1995 se afirmó, en este sentido, lo siguiente: *“Los jueces como autoridades que ejercen en forma permanente la función de administrar justicia, gozan de ciertos poderes, a saber: a) El poder de decisión, por medio del cual resuelven con fuerza obligatoria la controversia. b) El poder de coerción, mediante el cual se procuran los elementos necesarios para el cumplimiento de la decisión. c) El poder de documentación o investigación, en virtud del cual se le otorga la facultad de decretar y practicar pruebas, ya sea de oficio o a petición de parte, para llegar con la valoración de ellas, a una verdad real y de esa forma poder adoptar la decisión que en derecho corresponda, y d) El poder de ejecución, que está íntimamente ligado con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aún de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito. // En principio, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 114 de la Ley 23 de 1991, estos poderes son atribuibles tanto al juez como al árbitro, en cuanto éste goza de los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces consagran las normas del Código de Procedimiento Civil, así como por su asimilación a los jueces del circuito. // Sin embargo, esta misma ley impone una limitación al Tribunal de Arbitramento con el objeto de evitar un cambio de competencia, ya que en el parágrafo del artículo 40 ibídem, establece en forma expresa que de la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional”*.

¹⁸⁸ Se afirmó en la sentencia C-163 de 1999, específicamente en relación con el poder de los árbitros de vincular a terceros al proceso arbitral, lo siguiente: *“si unos particulares suscriben un pacto arbitral en virtud del cual aceptan someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, es razonable entender que están habilitando a este tercero a que tome todas las medidas permitidas legal y convencionalmente para la resolución del conflicto específico. Por lo tanto, las partes facultan expresa o tácitamente la intervención de terceros en el proceso, pues el principal objetivo de la instalación del tribunal de arbitramento y de la intención plasmada en el acuerdo es resolver el litigio. En tales circunstancias, no resulta razonable suponer que quienes ya aceptaron que su conflicto fuera resuelto por un tribunal arbitral tengan a su vez la*

En tanto proceso, el artículo 116 Superior dispone expresamente que el arbitramento se ha de desarrollar de conformidad con lo establecido por la ley, expresión que ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional como una facultad para que el legislador regule el funcionamiento de los tribunales arbitrales, sin que ello implique desconocer el principio de voluntariedad. Así, ha explicado esta Corporación que *“como de manera expresa lo indica el artículo 116 de la Constitución, corresponde al legislador fijar las reglas aplicables al funcionamiento de los tribunales de arbitramento”*¹⁸⁹, y que al ejercer esta competencia, *“no se desconoce en modo alguno la autonomía de la voluntad de las partes que deciden acudir al arbitraje como forma apta para zanjar sus diferencias. El legislador se limita a desarrollar el trámite aplicable al respectivo procedimiento, acatando así lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución”*¹⁹⁰. También ha precisado esta Corte¹⁹¹ que el hecho de que la justicia arbitral sólo proceda ante la habilitación de las partes no implica que el Legislador no pueda regular el procedimiento aplicable respetando sus especificidades, puesto que si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la administración de justicia por los árbitros se desarrolla en los términos establecidos por la ley, según lo ordena el artículo 116 de la Constitución; por lo tanto, a la luz de los artículos 29 y 116 de la Carta Política, cuando los particulares no establezcan un procedimiento específico, corresponde al Legislador regular la materia, ya que si los árbitros cumplen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador regule en términos generales el marco dentro del cual lo habrán de hacer, con sujeción a la Constitución¹⁹².

En este orden de ideas, el legislador dispone de un margen de configuración del proceso arbitral, el cual parte del respeto a la voluntad de las partes que optaron por habilitar a unos particulares para dirimir sus diferencias. En virtud del principio de voluntariedad, el legislador puede contemplar varias alternativas de regulación del proceso arbitral, las cuales van desde dejar en libertad a las partes para definir cuáles serán las reglas procesales aplicables hasta exigir ciertos requisitos y etapas, pasando por establecer normas

posibilidad de impedir la participación de un tercero en ese proceso, puesto que la persona ya había habilitado al tribunal para que resolviera ese conflicto específico”.

¹⁸⁹ Sentencia C-426 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁹⁰ Sentencia C-426 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁹¹ Sentencia C-163 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹² Dijo la Corte: *“Así las cosas, la Corte Constitucional comparte plenamente el argumento expuesto por el actor, según el cual la justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes. Sin embargo, resulta equivocado deducir de esta premisa que el Legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse “en los términos que determine la ley” (C.P. art. 116). // En este orden de ideas, el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución”.*

supletorias de la voluntad de las partes. Así lo hizo el legislador colombiano, en el artículo 112 de la Ley 446 de 1998, reproducido en el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, que dispone: *“El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes”*. En este mismo sentido, el artículo 13-3 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, precisa al respecto que *“tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas”*.

La Corte Constitucional ha delimitado el ámbito de competencia del Legislador para regular el funcionamiento de los tribunales arbitrales; así, por ejemplo, en la sentencia C-431 de 1995 explicó que a la ley corresponde determinar (i) los asuntos y forma en que los particulares pueden administrar justicia como árbitros, (ii) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y (iii) sus funciones y facultades, que son las mismas de los jueces estatales cuando el arbitraje es en derecho¹⁹³.

3. La arbitrabilidad objetiva y subjetiva: límites materiales y personales del arbitraje.

Una de las cuestiones medulares del arbitraje es la atinente a las materias que pueden ser objeto de arbitramento, así como las personas que pueden habilitar a los árbitros. Estas cuestiones son especialmente relevantes en el ámbito de lo contencioso administrativo porque en él una de las partes es una entidad pública de algún orden y los asuntos en controversia no siempre son exclusivamente económicos. De ahí que lo arbitrable en dicho ámbito haya sido objeto de regulación legal y pronunciamientos de esta Corte Constitucional, como se verá.

La *arbitrabilidad* es el criterio que se ha de aplicar para establecer la vocación que tienen determinados asuntos de ser objeto de decisión por un tribunal de arbitramento, así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos. Proporciona parámetros para identificar los límites a la voluntad de las partes que configura el tribunal arbitral, al determinar qué tipo de controversias pueden someterse a arbitraje

¹⁹³ Se explicó en esta oportunidad: *“Ya se ha expresado que el arbitramento surge por voluntad de las partes de someter un conflicto ante un tercero -árbitro-, habilitado por ellas para proferir un fallo en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. // De esa manera, entonces, es a la ley a quien corresponde determinar: a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios”*.

(arbitrabilidad objetiva), y quiénes pueden hacer uso de este mecanismo (arbitrabilidad subjetiva)¹⁹⁴.

3.1. La arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae*.

3.1.1. *Sólo se pueden someter a arbitramento los asuntos transigibles.* La jurisprudencia constitucional ha señalado claramente que el arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza *transigible*, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En consecuencia, existen ciertas materias que, por su naturaleza no transigible ni sujeta a disposición, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República. En la sentencia C-098 de 2001, la Corte declaró expresamente que la limitación del arbitramento a los asuntos objeto de transacción, efectuada por el legislador, se ajusta a la Constitución¹⁹⁵; dijo en tal oportunidad esta Corporación:

“En diversos fallos - algunos de ellos ya citados - esta Corporación ha avalado el límite material del arbitramento, al señalar que no toda cuestión materia de controversia, no obstante la habilitación de las partes, puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros. (...) En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un

¹⁹⁴ El tema de la arbitrabilidad ha sido explorado por la doctrina especializada en la materia. Así, se ha explicado que además de estar basado en el consentimiento válido de las partes, el pacto arbitral debe ser lícito, en el sentido de que debe referirse a asuntos susceptibles de ser resueltos mediante arbitramento, y debe haber sido suscrito por partes que pueden someter sus disputas a este mecanismo, condiciones que apuntan a la promoción del interés general. Ver, en este sentido, Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): “Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration”. Kluwer Law International, 1999: “*Hemos visto que para que un acuerdo arbitral sea efectivo, debe ser el resultado del consentimiento válido de las partes. Sin embargo, también debe ser lícito. Esto quiere decir, en primer lugar, que el acuerdo debe referirse a un asunto de fondo que sea susceptible de ser resuelto mediante arbitraje y, segundo, que el acuerdo debe haber sido celebrado por partes con capacidad de someter sus disputas a arbitramento. Estas consideraciones se agrupan bajo la categoría de ‘arbitrabilidad’, y se fundan en la protección del interés general. Lo anterior en oposición al requisito de validez del consentimiento, que busca proteger los intereses privados de las partes al acuerdo arbitral*” (traducción libre). Otros sistemas jurídicos extranjeros contemplan claros límites a las materias que pueden ser objeto de arbitramento. Así, por ejemplo, en Argentina, están excluidas expresamente de la posibilidad de ser sometidas a arbitramento las materias que no pueden ser objeto de transacción, de conformidad con el artículo 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo cual incluye: las acciones penales derivadas de hechos ilícitos –aunque se puede pactar respecto de los efectos civiles del delito–, asuntos relativos al matrimonio y al estado civil y capacidad de las personas, derechos eventuales sobre una sucesión, cosas fuera del comercio, y asuntos en los que esté interesado el orden público. Ver, a este respecto, Caivano, Roque: “Arbitraje”, Villela Editor, Buenos Aires, 2000.

¹⁹⁵ La norma legal objeto de examen estaba contenida en el primer inciso del artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que reza: “*Definición y modalidades. El artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 quedará así: ‘Artículo 1º. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral (...)’*”.

La decisión adoptada por la Corte fue: “*Declárase EXEQUIBLES las expresiones ‘de carácter transigible’ contenidas en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998*”.

todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición -. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes”.

3.1.2. *Ejemplos de asuntos sustraídos por su naturaleza de la jurisdicción arbitral.* La Corte Constitucional ha identificado, a lo largo de sus providencias, varios tipos de asuntos que están reservados a la jurisdicción permanente del Estado. Por ejemplo, en la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas¹⁹⁶. Luego, en la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer¹⁹⁷. También se ha mencionado en esta categoría, en la sentencia C-330 de 2000, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores¹⁹⁸. En lo esencial, los asuntos transigibles son aquellos que se refieren a obligaciones de contenido

¹⁹⁶ Se dijo en esta oportunidad: “De la regulación constitucional y de su interpretación se infiere, adicionalmente, que dicha figura presenta límites respecto de su ámbito material y temporal, en razón a que no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ya que detenta un carácter transitorio para su realización”.

¹⁹⁷ Explicó la Corte: “Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por “las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil. // Lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil explica por qué el artículo 1o. del decreto 2279 de 1989, establece: “Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico”. Esto excluye del pacto arbitral, que según el artículo 2o. del mismo decreto comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción, o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”. Y que, de conformidad con el 2473 del mismo Código, “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”. // En virtud de todas estas normas, están, pues, excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer”.

¹⁹⁸ Se dijo en esta providencia: “El arbitramento es excepcional. La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. // Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer””.

económico. Así se explicó en la sentencia C-294 de 1995, en la cual la Corte, al pronunciarse sobre la posibilidad de adelantar juicios ejecutivos por medio de tribunales arbitrales, explicó que las obligaciones que se pueden exigir ejecutivamente son las de contenido económico, que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad; al ser transigibles, dijo la Corte, se pueden incluir en el pacto arbitral¹⁹⁹.

3.1.3. *El arbitraje en el ámbito de lo contencioso administrativo, la validez de los actos administrativos, y la resolución de conflictos contractuales de contenido económico.* De particular importancia para el caso concreto que se revisa, es el tema del control de legalidad de los actos administrativos y la diferencia entre el ejercicio de tal control de legalidad y la resolución de controversias económicas que puedan derivarse de la adopción de determinados actos administrativos. A este respecto, resulta relevante una lectura cuidadosa de los reales alcances de la decisión adoptada por el pleno de esta Corporación en la sentencia C-1436 de 2000.

3.1.3.1. En tal oportunidad, se demandaron ante la Corte los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), que regulan el tema del arbitramento en los contratos administrativos²⁰⁰. Se argumentaba en la demanda que es contrario a la Constitución permitir que los árbitros adopten

¹⁹⁹ Dijo la Corte en esta oportunidad: “De otra parte, es claro que todas las obligaciones civiles, en general, dan derecho a exigir su cumplimiento. Precisamente ésta es su definición legal, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones son civiles o meramente naturales. **Civiles** son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. **Naturales** las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas. // Y el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el proceso ejecutivo, que no han sido excluidas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro. // A lo cual habría que agregar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse ejecutivamente, son de contenido económico. Esas obligaciones están gobernadas por el principio de la autonomía de la voluntad”.

²⁰⁰ El texto de dichos artículos es el siguiente:

"Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. // El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro. // La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. // Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo. // En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

Artículo 71.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su desarrollo, terminación y liquidación. // En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos."

La decisión adoptada por la Corte en esta oportunidad fue: “Decláranse **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

laudos que se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos dictados durante la celebración, ejecución, desarrollo y liquidación de contratos administrativos, específicamente aquellos actos que manifiestan el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, por ser contrario al debido proceso y a la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

3.1.3.2. La Corte reiteró, en primer lugar, que de la definición legal del arbitramento, se infiere que la competencia de los árbitros es restringida por límites materiales atinentes al asunto objeto de arbitramento, dado que sólo pueden pronunciarse sobre materias transigibles²⁰¹. En ese orden de ideas, se afirmó que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, que están reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado²⁰².

3.1.3.3. A continuación, la Corte explicó que el control de legalidad de los actos administrativos es ejercido por el Estado, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, y como contrapeso a la presunción de legalidad que ampara las manifestaciones de voluntad de la Administración: *“Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición”*. Para la Corte, el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no pueden derogar los particulares por medio de un pacto arbitral; los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual

²⁰¹ Dijo la Corte: “El arbitramento, así concebido, está definido hoy como ‘un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral’ (Ley 446 de 1998, artículo 111). // De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación ‘no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ...’ (sentencia C-247 de 1994)”.

²⁰² En términos de la sentencia: “Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”.

atañe al orden público normativo: *“Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral. // Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna. (...) En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros”*. Esta postura, afirmó la Corte, ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado²⁰³.

3.1.3.4. En este orden de ideas, la Corte señaló que la Ley 80 de 1993 facultó a las partes en un contrato administrativo a someter las diferencias entre ellas, derivadas de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato, a la decisión de tribunales arbitrales; sin embargo, afirmó que en estos casos, los límites al pronunciamiento arbitral están dados por la naturaleza del arbitramento y las normas legales aplicables, que sólo permiten decidir sobre

²⁰³ Explicó esta Corporación: “La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 12 de 1991, señaló sobre el particular que *“es la jurisdicción la llamada a despejar la certidumbre que el particular suscite sobre la validez del acto, sobre su acomodo a los moldes jurídicos que trazan el obrar estatal”*. Y en relación con la procedencia de la conciliación contenciosa administrativa, frente a la legalidad de los actos, expresó: *“Bajo la óptica de la institución de la conciliación administrativa prevista en las normas sub-judice (ley 23 de 1991) y contraída a los casos que en precedencia fueron examinados, no entrañan posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza penden del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptable por inconstitucional.”* // En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó: *“... a diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la ley 23 de 1991 (según el cual se podía conciliar sobre los aspectos individuales y patrimoniales que pudiesen ventilarse ante la jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento; reparación directa (...) el artículo 6 de éste (decreto 2651 de 1991) sólo permite la conciliación en las dos referidas controversias contencioso administrativas (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual del Estado) para excluir de modo inequívoco, la posibilidad de conciliar controversias contencioso administrativas que se funden en peticiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos. Ello debido a que todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción”*.”

los asuntos de carácter transigible²⁰⁴. Así, explicó que en relación con los actos administrativos dictados con ocasión de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación del contrato, se debe tener en cuenta que aunque el Estado al contratar se rige por los principios de contratación entre particulares –con preeminencia de autonomía de la voluntad e igualdad entre las partes–, también hay disposiciones extrañas a la contratación particular que apuntan a la conservación y prevalencia del interés general; concretamente es el caso del ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración, que rompen el principio de igualdad. Sobre *“si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes, en relación con los actos administrativos que dicta la administración”*, la Corte concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros. Esto debido a que *“las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces”*.

3.1.3.5. Ahora bien, la Corte trazó una distinción, que para el caso concreto que se revisa es pertinente, entre el control de la validez de un acto administrativo y la disputa que *“se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial”*, así éstas *“tengan como causa un acto administrativo”*; y afirmó que cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de estos actos administrativos, sin controlar su validez, es

²⁰⁴ “Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible”.

constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia, puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal: *“cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado”*.

Puntualizó la Corte que si bien el ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración puede traer “consecuencias patrimoniales”, dichas consecuencias no le permiten a los árbitros pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos mediante los cuales la administración ejerció tales poderes.

3.1.3.6. Para la Corte en dicha sentencia, esta conclusión resulta reforzada adicionalmente por dos argumentos: (i) la Constitución atribuye exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa la facultad de decidir sobre la suspensión provisional de los actos administrativos, por lo cual *a fortiori* es únicamente esta jurisdicción la que puede pronunciarse sobre su validez, y nunca los árbitros; y (ii) la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias con la Administración es la regla general, y la resolución de conflictos por los árbitros es la excepción²⁰⁵.

²⁰⁵ “Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para “suspender provisionalmente” los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros. // Entonces, *a fortiori*, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más. // De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento”.

3.1.3.7. Como consecuencia, fueron declarados exequibles los artículos demandados, en el entendido de que los árbitros designados para resolver conflictos contractuales “*no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de sus poderes excepcionales*”²⁰⁶.

3.1.4. En la presente providencia, la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales -sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos-, por otra. Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos.

3.2. La arbitrabilidad subjetiva o *ratione personae*

Por su parte, la arbitrabilidad subjetiva define quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. Si bien persiste, en algunos sistemas jurídicos extranjeros²⁰⁷, un debate sobre el

²⁰⁶ La sección pertinente de la parte resolutive dice: “**DECLÁRANSE EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

²⁰⁷ En algunos sistemas jurídicos existe una distinción entre las entidades públicas y empresas estatales regidas por el derecho privado para efectos de la posibilidad de someter sus disputas a arbitramento; en dichos ordenamientos, mientras que prácticamente no existen restricciones para las compañías regidas por el derecho privado, incluso si son de propiedad del Estado, existen diversas restricciones en el caso de las entidades públicas en cuanto al sometimiento de controversias a arbitraje. Así, según un estudio comparado efectuado a mediados de los ochentas, (a) mientras que no existen restricciones en Austria, Gran Bretaña, Italia, los Países Bajos, Suiza, Canadá o Australia (b) en países como Bélgica y Luxemburgo las entidades públicas en principio no pueden acordar pactos arbitrales en relación con sus contratos, sean estos nacionales o internacionales, salvo excepciones establecidas expresamente en la ley para el caso de Bélgica, (c) en Francia las entidades públicas requieren permiso especial para someter sus conflictos contractuales internos –no internacionales– a arbitramento, (d) en Alemania se requiere el consentimiento del Ministro de Finanzas para que el Estado o las entidades públicas recurran al arbitramento, a excepción de lo cual no existen restricciones, (e) en Finlandia no hay restricciones para el sometimiento de disputas a arbitraje, pero las entidades públicas mantienen abierta la opción de recurrir a las cortes a pesar de la existencia de pactos arbitrales, y (f) en los Estados Unidos, aunque no existe una restricción expresa, el gobierno federal y algunos gobiernos estatales a menudo argumentan que no tienen autorización para recurrir al arbitramento, mientras que la mayoría de los gobiernos locales y las autoridades públicas cuentan con dicha autorización. Ver, a este respecto: Böckstiegel, Karl-Heinz: “Arbitration and State Enterprises”. Kluwer Law and Taxation Publishers – ICC, 1984.

alcance de la arbitrabilidad *ratione personae*, en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva.

Así lo ha explicado la Corte Constitucional en varias oportunidades. Por ejemplo, en la sentencia C-426 de 1994 se explicó que tanto los particulares, en ejercicio de su libre autonomía al contratar, como las entidades públicas en los procesos de contratación administrativa, pueden pactar cláusulas compromisorias o suscribir compromisos²⁰⁸; en la sentencia C-294 de 1995 se señaló que el sistema colombiano está a tono con la tendencia internacional que admite el arbitramento en relación con los asuntos transigibles que se susciten entre personas legalmente capaces para disponer de los derechos en conflicto²⁰⁹; y en la sentencia C-1436 de 2000 se indicó que la autorización expresa, en la Ley 80 de 1993, para someter las controversias derivadas de los contratos administrativos a arbitramento –con los límites arriba reseñados- en nada pugna con el interés público, puesto que la administración pública también tiene la facultad de transigir²¹⁰.

4. La fuerza vinculante del laudo arbitral y las restricciones establecidas en los recursos para controlarlo. Diferencia con las sentencias judiciales e inexistencia de una segunda instancia.

²⁰⁸ Dijo la Corte: “*Tanto las personas privadas en ejercicio de su libre autonomía, cuando contratan entre sí, como las entidades públicas, en la contratación administrativa, pueden pactar la cláusula compromisoria, sometiendo a la decisión de árbitros las eventuales diferencias y los conflictos que puedan surgir en relación con un determinado contrato. Al hacerlo con base en el recíproco consentimiento, radican en cabeza de los árbitros la competencia para resolver sobre las consiguientes controversias y se obligan a acatar lo decidido por aquéllos*”.

²⁰⁹ En los términos de esta sentencia, la legislación nacional “*sigue, además, la tendencia, que siempre ha imperado en la legislación nacional, de permitir el arbitramento en los asuntos susceptibles de transacción que se susciten entre personas capaces legalmente y que puedan disponer de los derechos en conflicto*”.

²¹⁰ Expresó la Corte, en la parte pertinente: “*Al expedir la ley 80 de 1993, el legislador decide terminar con la distinción que venía rigiendo los contratos celebrados por la administración, al señalar que los contratos en donde intervienen las entidades estatales, sin distingo alguno, son contratos estatales (artículo 2 y 32), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes (artículo 13), salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 75). // De esta forma, a partir del año 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada definitivamente en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa. // Sin embargo, el propio legislador, en esta misma ley, facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68). Prohibiendo expresamente a las autoridades, impedir el uso de estos mecanismos, o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (artículo 69). // Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años*”.

4.1. Como se señaló en los apartes precedentes, acudir a la justicia arbitral implica una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la voluntad de las partes en un conflicto transigible. Por su naturaleza temporal, los tribunales de arbitramento no constituyen una jurisdicción adicional y paralela; en esa misma medida, no tienen un superior funcional, como sucede con los jueces que integran la Rama Judicial. Esta especial caracterización de la justicia arbitral tiene consecuencias directas, señaladas en la legislación, sobre las vías judiciales abiertas para controlar los laudos proferidos por los tribunales de arbitramento.

4.2. En efecto, cuando las partes de una controversia acuerdan voluntariamente someter sus disputas a la decisión de árbitros, están tomando la decisión de no acudir a la jurisdicción estatal por motivos de conveniencia, según su libre apreciación. Por lo tanto, al habilitar a los tribunales de arbitramento para administrar justicia, las partes están manifestando su confianza en que la decisión que adopten los árbitros por ellas mismas escogidos -directa o indirectamente- para resolver la controversia, será la adecuada. El elemento voluntario y contractual que está a la base del arbitraje fortalece, así, la posición en la que se encuentran los árbitros para resolver la controversia; de ahí que se entienda que, en principio, los laudos arbitrales gozan de estabilidad jurídica. Por ello, los recursos consagrados en la legislación para controvertirlos son extraordinarios²¹¹, y restrictivos en sus causales de procedencia²¹², las cuales se refieren normalmente a errores *in*

²¹¹ En la actualidad, el Legislador ha previsto que contra todo laudo arbitral nacional, que verse sobre materias civiles, comerciales o referentes a contratos administrativos, procede el recurso extraordinario de anulación. Las causales de anulación varían dependiendo de la materia para la cual haya sido convocado el Tribunal de Arbitramento. En el caso de los laudos proferidos por Tribunales de Arbitramento convocados para dirimir conflictos originados en contratos administrativos, las causales de anulación aplicables son las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (compiladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998); para las demás materias, las causales de anulación aplicables son las previstas en el artículo 38 del Decreto 1279 de 1989 (compiladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

²¹² Respecto del recurso extraordinario de anulación, es importante señalar que las causales aplicables a los laudos nacionales referentes a controversias suscitadas en contratos administrativos (Art. 230 del Decreto 1818 de 1998), no son las mismas que aquellas aplicables a los laudos nacionales proferidos en materia civil y comercial (Art. 163 del Decreto 1818 de 1998). Al comparar unas y otras, se evidencia que, para el caso de los laudos nacionales referentes a controversias suscitadas en contratos administrativos, el legislador no previó expresamente como causales de anulación las siguientes: (i) “la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita”, ni los demás motivos de nulidad absoluta o relativa del pacto arbitral, cuando éstos hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo (Art. 163, numeral 1 del Decreto 1818 de 1998); (ii) “no haberse constituido el tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite” (Art. 163, num. 2 del Decreto 1818 de 1998); y (iii) “haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga” (Art. 163, num. 5 del Decreto 1818 de 1998).

Sin embargo, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al conocer de los recursos de anulación interpuestos contra laudos nacionales referentes a controversias derivadas de contratos administrativos, ha señalado que si bien la nulidad absoluta del pacto arbitral no fue incluida por el legislador como una de las causales de anulación que puedan alegar los recurrentes contra este tipo de laudos (Art. 230 del Decreto 1818 de 1998), esto no obsta para que de oficio, el juez del recurso (en este caso, la Sección Tercera) esté obligado a declarar la nulidad del pacto arbitral, en el evento que constate la ocurrencia de cualquiera de las causales de nulidad absoluta del mismo, y se cumpla con los requisitos previstos en el inciso 3 del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, referentes a que la causal de nulidad absoluta esté plenamente demostrada en el proceso y que en éste hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes. Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Tercera

procedendo y a algunos errores *in judicando* específicamente definidos²¹³, lo cual excluye la revisión *in integrum*²¹⁴. En otras palabras, el laudo goza de estabilidad jurídica, porque las partes mismas resolvieron que los árbitros serían el juez de su causa, y no pueden modificar su decisión habilitante luego de trabar la litis ni de conocer el contenido del laudo.

4.3. En este orden, en el ámbito arbitral no existe un recurso de apelación que permita acudir a la justicia estatal en segunda instancia. El ejercicio del recurso de anulación no desencadena como tal una segunda instancia, puesto que –como se dijo– sus causales son restringidas, y las competencias de los jueces que conocen de ellos no son plenas, a diferencia de lo que sucede con los jueces de apelación, cuya única restricción es la de no violar la prohibición de *reformatio in pejus*. Por el contrario, los jueces de anulación deben

de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en las que se resolvieron recursos de anulación interpuestos contra laudos arbitrales nacionales que versaron sobre controversias derivadas de contratos administrativos: Rad. 16973 (8 de junio de 2000); Rad. 21041 (1º de Agosto de 2002).

De otro lado, respecto de la causal de anulación relativa a “haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga” (Art. 163, num. 5 del Decreto 1818 de 1998), no prevista expresamente por el legislador frente a los laudos nacionales referentes a controversias derivadas de contratos administrativos (Art. 230, del Decreto 1818 de 1998), se debe señalar que existen providencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en las que ha interpretado que la circunstancia de hecho prevista en la referida causal de anulación, implica que el Tribunal de Arbitramento actuó sin competencia (Art. 167, num. 5 del Decreto 1818 de 1998). Por tal razón, la Sección Tercera ha reconocido que dicha circunstancia de hecho puede ser alegada mediante la causal referente a que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros (Art. 230, num. 4 del Decreto 1818 de 1998), dado que esta última causal de anulación ha sido interpretada por la Sección Tercera en el sentido de que involucra tanto los asuntos que las partes dispusieron no someter al conocimiento de los árbitros, como aquellos que la ley previó excluir de su conocimiento (como serían en este caso, los asuntos respecto de los cuales ya venció el término previsto para que se pronunciara el Tribunal de Arbitramento). Respecto de la procedencia de la causal de anulación del numeral 4 del Art. 230 del Decreto 1818 de 1998 para alegar que el laudo fue expedido por fuera del término previsto, ver entre otras la siguiente sentencia: Rad. 24245 (18 de marzo de 2004).

²¹³ En este sentido, el ordenamiento colombiano es más amplio que la tendencia mundial. Ver, a este respecto, Christian Bühning-Uhle: *Arbitration and Mediation in International Business*. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44: “Aunque algunos países todavía permiten la revisión judicial del fondo del caso en su totalidad, en tiempos recientes se ha limitado el estándar en la mayoría de los países (o, como en Inglaterra desde 1979, puede ser limitado por medio de un ‘acuerdo de exclusión’ [exclusion agreement] [Cf. Sección 2-3 de la Ley Inglesa de Arbitramento de 1979] a la revisión de errores procedimentales serios tales como la falta de jurisdicción (v.g. inexistencia de un pacto arbitral válido), constitución impropia del tribunal arbitral, desconocimiento de los términos del mandato impartido a los árbitros (que puede incluir un ‘desconocimiento manifiesto de la ley’) (...), corrupción, y otras violaciones serias del debido proceso (...) que incluye fundamentalmente el principio de igualdad de trato y el derecho de cada parte a ser escuchada”. (Traducción libre).

²¹⁴ La Corte Constitucional, en la sentencia T-570 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en un caso sobre arbitramento comercial, explicó que el recurso de anulación puede ser interpuesto para controlar judicialmente tan solo algunos posibles errores *in procedendo* e *in judicando* en los que haya incurrido el tribunal de arbitramento: “Es cierto que en la regulación por la que optó el legislador, no se les asignó a esas corporaciones judiciales una competencia igual a la que ejercen cuando conocen de un fallo en razón del recurso de apelación, caso en el cual están facultadas para revisar *in integrum* la providencia recurrida y modificarla con el único límite de la prohibición de la *reformatio in pejus*. Pero la ley vigente (Decreto Extraordinario 2279 de 1.989, reformado por la Ley 23 de 1.991) sí complementó la regulación del proceso excepcional tramitado por los árbitros, otorgando competencia al Tribunal para revisar el aspecto sustancial del laudo (los posibles errores *in judicando*), en los asuntos contemplados en las causales 7, 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1.989, y para pronunciarse sobre las cuestiones formales enunciadas en las seis primeras causales de anulación. // Además, el artículo 41 del Decreto 2279 de 1.989, dispone que el laudo arbitral y la sentencia que decide sobre la anulación del mismo, pueden revisarse -conocen del recurso el Tribunal Superior o la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema-, por los motivos y mediante los trámites determinados en los artículos 379 a 385 del Código de Procedimiento Civil”.

restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador.

4.4. En la sentencia T-570 de 1994²¹⁵, la Corte se pronunció sobre estos puntos al conocer de la tutela interpuesta por las partes de una disputa comercial contra ciertas decisiones de los jueces que conocieron de recursos de anulación contra un laudo que les desfavorecía, y negaron la procedencia del recurso de apelación contra la decisión de no anular el laudo en cuestión²¹⁶. La Corte explicó que, en este caso, no se había presentado una violación del principio de doble instancia; en efecto, el tribunal de arbitramento, debidamente habilitado por las partes, fue conformado, sesionó y decidió válidamente, con lo cual la Corte entendió que se había surtido la instancia acordada voluntariamente por las partes. Luego se interpuso y decidió el recurso de anulación, que técnicamente no es una segunda instancia comparable a la que se decide con los recursos de apelación, pero en términos de la Corte, sí satisface la garantía consagrada en el artículo 31 Superior, ya que con tal recurso se “*cumplen las finalidades materiales*” de la doble instancia²¹⁷ en cuanto a la posibilidad de un control judicial, mas no de una revisión *in integrum* de la controversia. Para la Sala de Revisión, si bien la regla general es que las sentencias son apelables o consultables, y que deben proferirse por una autoridad judicial con superiores funcionales competentes para conocer de tales recursos, estas reglas generales tienen excepciones permitidas por la Constitución y desarrolladas por la ley, entre las cuales está el arbitramento²¹⁸. Al optar por el mecanismo excepcional de la justicia arbitral, los particulares se acogen a lo decidido judicialmente por un juez transitorio, sin superior funcional, por lo cual no es posible aspirar a una doble instancia semejante a la que se surte a través de la apelación, sino a los

²¹⁵ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²¹⁶ En este caso, un tribunal de arbitramento dictó un laudo para resolver una disputa comercial entre socios particulares. Se interpusieron recursos de anulación por las partes desfavorecidas con el laudo, pero el Tribunal Superior competente los declaró infundados. Los afectados presentaron recursos de apelación contra la decisión del Tribunal Superior, pero éste los denegó por no estar previstos en la ley; contra esta decisión se interpusieron recursos de reposición que fueron negados, y luego un recurso de queja, que también fue denegado por la Corte Suprema de Justicia. Se interpuso tutela por considerar los afectados que con estas decisiones se violó su derecho a la doble instancia y al debido proceso, argumentando que no existe norma legal vigente que exceptúe a estas dos decisiones del principio general de procedencia de la apelación.

²¹⁷ Explicó la Corte: “No hubo violación a la garantía de la doble instancia en la solución del conflicto existente entre los hermanos Suárez Cavelier y sus socios comerciales porque, según el último inciso del artículo 116 de la Constitución: ‘Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley’. Y consta en el expediente que los actores y su contraparte habilitaron a los árbitros para fallar en derecho las diferencias existentes entre ellos. El tribunal de arbitramento fue conformado, sesionó y decidió en los términos que determina la ley vigente, así que se cumplió con la primera instancia. // En contra del laudo arbitral se interpuso el recurso de anulación, que tramitó el Tribunal Superior del Distrito Judicial en el que tuvo su sede el tribunal de arbitramento. En contra de lo que dan por sentado los hermanos Suárez Cavelier, este trámite no constituye la primera instancia -lo es el proceso ante el tribunal de arbitramento-; tampoco puede afirmarse que sea una instancia con las mismas características de aquella a la que da lugar el recurso de apelación; pero, sí puede afirmarse que con el recurso de anulación, se satisface la garantía consagrada en el artículo 31 de la Constitución, pues, materialmente, se cumplen las finalidades que la doble instancia está llamada a alcanzar”.

²¹⁸ “Así, la regla general es que las sentencias sean apelables o consultables, y, también que sean proferidas por una autoridad judicial con superiores jerárquicos que puedan conocer de tales recursos. Pero tales reglas generales tienen excepciones permitidas por la Constitución y desarrolladas por el legislador”.

recursos legalmente establecidos para permitir el control de los laudos²¹⁹. También explicó la Corte que la competencia de los Tribunales Superiores y la Corte Suprema al conocer de los recursos extraordinarios no es similar a la que tienen en sede de apelación, pues no pueden revisar íntegramente la providencia recurrida y modificarla. En consecuencia, la Corte denegó la tutela, por considerar que no se había presentado una violación del debido proceso a través de vías de hecho, puesto que si bien no hay una norma que expresamente exceptúe los laudos de la procedencia del recurso de apelación, la regulación legal de esta hipótesis excepcional de administración de justicia por los particulares tiene sus propios canales judiciales, de carácter restrictivo, para permitir la anulación o revisión del laudo²²⁰, mas no para admitir que la controversia termine siendo resuelta no por los árbitros habilitados por las partes sino por un juez estatal, en contra de su voluntad libre y válidamente expresada con fundamento en el artículo 116 de la Constitución.

5. Improcedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales, los procedimientos adelantados ante tribunales de arbitramento y las decisiones judiciales que resuelven el recurso de anulación. Reglas para la procedencia de la acción de tutela en los casos de vías de hecho que impliquen vulneración directa de un derecho fundamental.

5.1. En consonancia con lo establecido en apartes anteriores, la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que, por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental. En tal medida, las hipótesis de procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones son excepcionales y exigen la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del

²¹⁹ En términos de la Corte: “Al hacer uso de esa excepción regulada por la ley en desarrollo del mandato constitucional, los particulares se someten a la decisión judicial de una corporación esencialmente transitoria, que no tiene superior jerárquico y, por ende, quienes a ella acuden, optan por una organización excepcional de la administración de justicia, donde la naturaleza de las cosas hace imposible la aplicación de la regla general de la doble instancia (a través del recurso ordinario de apelación), que rige en la Rama Judicial (artículo 3° del Código de Procedimiento Civil). // Sin embargo, desde dos décadas antes de la expedición de la actual Carta Política, el legislador consideró que el proceso arbitral era excepcional, y en contra del laudo arbitral no procedía recurso alguno. En lugar de crear un superior jerárquico de los tribunales de arbitramento, que pudiera conocer de los recursos ordinarios interpuestos en contra de los laudos, el legislador asignó a los Tribunales Superiores y a la Corte Suprema, la competencia para conocer de tales decisiones, a través de los recursos extraordinarios de anulación y revisión”.

²²⁰ “Así, esta Sala encuentra que, como reclaman los actores, no hay una norma que expresamente diga que no procede el recurso de apelación en contra de la sentencia que decide sobre la nulidad de un laudo arbitral. Pero sí existe regulación legal que, desarrollando el mandato constitucional, otorga a los particulares la posibilidad de sustraerse a la aplicación de justicia por parte de la Rama Judicial -en cuyo funcionamiento operan los recursos ordinarios-, para acudir a un proceso excepcional, el arbitral, en el que las decisiones de primera instancia pueden ser impugnadas, no ante un superior jerárquico inexistente, sino ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente y la Corte Suprema de Justicia, a través de los recursos de anulación y revisión, con los que la ley complementó el trámite debido de un proceso, se insiste, excepcional. // Es claro entonces que no hubo violación del debido proceso, ni las decisiones del Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia constituyen, bajo ningún aspecto, vías de hecho pasibles de ser corregidas mediante tutela”.

derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales. Esta postura jurisprudencial se deriva de (a) la estabilidad jurídica de la que gozan los laudos arbitrales, (b) la naturaleza excepcional de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.

5.2. La Corte ha afirmado que, en tanto administradores de justicia, los árbitros no están exentos de cumplir con lo dispuesto en la Carta Política, y que en consecuencia, es posible que mediante la acción de tutela se controlen sus actos cuando con éstos se vulnera de manera directa un derecho fundamental. Así, en la sentencia SU-837 de 2002²²¹ se explicó que *“la atribución transitoria de funciones públicas en cabeza de particulares no les otorga un poder extra- o supraconstitucional, así sus decisiones se inspiren en la equidad y persigan la resolución de conflictos económicos (...) La sujeción de la conducta de las autoridades públicas al Estado de derecho, lleva implícito el respeto y sometimiento al debido proceso en todas sus actuaciones, esto como garantía del ciudadano frente al poder. El desobedecimiento flagrante del debido proceso constituye una vía de hecho frente a la cual la persona no puede quedar inerte. Por ello, la importancia de que exista un procedimiento constitucional para impedir la vulneración y solicitar la protección de los derechos fundamentales”*. En esta misma decisión se señaló que *“por la naturaleza especial del arbitramento, la acción de tutela solo es procedente contra laudos arbitrales en circunstancias realmente excepcionales”*, dada la existencia de mecanismos específicos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar tales decisiones judiciales. Las vías de hecho que se pueden predicar de un laudo arbitral para hacer procedente la acción de tutela en su contra deben implicar la vulneración directa de un derecho fundamental.

5.3. Las circunstancias que justifican la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales se puede apreciar con base en una revisión de las cinco sentencias en las que esta Corporación se ha pronunciado sobre el asunto, tal y como se describen a continuación. La mayoría de las sentencias que se reseñarán aludieron a arbitramentos no administrativos, pero lo dicho en ellas sobre la especificidad de las vías judiciales de control de los laudos resulta relevante para apreciar que la procedencia de la tutela exige que mediante una vía de hecho se configure la vulneración directa de un derecho fundamental en el caso concreto. Por otra parte, si bien existen otras decisiones de tutela en las que la Corte se ha pronunciado sobre el tema del arbitramento (v.gr. las sentencias T-570 de 1994²²², T-057 de 1995²²³, T-299 de 1996²²⁴, SU-600 de

²²¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En este caso la acción de tutela fue interpuesta tanto contra el laudo como contra la sentencia de homologación del mismo. Sin embargo, se trataba de un arbitramento laboral obligatorio en equidad, no de un arbitraje voluntario.

²²² M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²²³ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²²⁴ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

1999²²⁵, T-121 de 2002²²⁶, T-1089 de 2002²²⁷, T-136 de 2003²²⁸, T-192 de 2004²²⁹, T-800 de 2004²³⁰ y T-839 de 2005²³¹), en ellas no se examinaba específicamente la procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales, sino contra diferentes aspectos del procedimiento seguido por determinados tribunales de arbitramento o de las decisiones adoptadas por los jueces de la República en relación con procesos y decisiones arbitrales, por lo cual no serán incluidas en el análisis subsiguiente.

En términos generales, las cinco sentencias en las cuales la Corte ha resuelto tutelas interpuestas contra laudos arbitrales, comparten los siguientes cuatro elementos característicos que resaltan el carácter excepcional de la acción de tutela en este ámbito: (1) un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento; (2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado una vía de hecho por el laudo arbitral que vulnere de manera directa derechos fundamentales, condición que no se verificó en ninguna de las sentencias examinadas – es decir, la Corte Constitucional nunca ha concedido una tutela contra un laudo arbitral, porque en ninguno de los casos decididos por esta Corporación se han dado los requisitos para que proceda la acción de amparo constitucional; (3) la doctrina de las vías de hecho es aplicable a los laudos arbitrales, en las hipótesis en que éstos implican una vulneración directa de derechos fundamentales; y (4) la acción de tutela tiene un carácter subsidiario en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste una vía de hecho por la vulneración directa de un derecho fundamental.

5.3.1. La primera oportunidad en la que la Corte examinó una tutela contra un laudo fue en la sentencia T-608 de 1998²³². En este caso, la acción fue presentada contra un laudo arbitral por el apoderado de una de las partes del proceso, quien consideraba que en dicha decisión se había incurrido en una vía de hecho al haber interpretado el acuerdo que existía entre las partes del conflicto como un contrato de agencia comercial, dando un alcance a la figura de “actuación por cuenta de otro” que, en su criterio, era distinto del que se consagraba en la ley. Simultáneamente, el apoderado había interpuesto un recurso de anulación contra el laudo ante el Tribunal Superior competente; pero se argumentaba, en sede de tutela, que el recurso de anulación no era idóneo para resolver errores *in judicando* como el que se imputaba al laudo

²²⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²²⁶ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²²⁷ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²²⁸ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²²⁹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²³⁰ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²³¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

(aunque el mismo apoderado argumentaba lo contrario en su recurso de anulación).

La Corte afirmó, como primera medida, que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales ante la ocurrencia de vías de hecho, siempre y cuando no existan otros mecanismos de defensa judicial idóneos, o que se interponga la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²³³; y recordó que los laudos arbitrales, que se asimilan por mandato constitucional y legal a decisiones judiciales, tienen sus propios mecanismos legales de control, que no pueden ser desconocidos por el juez de tutela²³⁴. En consecuencia, afirmó que no puede el juez de tutela entrar a pronunciarse sobre una controversia que está pendiente de decisión por vía del recurso de anulación, menos cuando éste fue promovido por motivos similares a los que se invocan en la tutela²³⁵; y enfatizó que el carácter subsidiario de la acción de tutela impide que ésta se utilice discrecionalmente en forma simultánea con el recurso de anulación contra laudos arbitrales, previsto en la legislación como canal judicial idóneo para defender el debido proceso y el derecho de defensa de las partes²³⁶. Por otra parte, la Corte descartó la procedencia de la tutela en

²³³ Dijo la Corte: “la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se ha incurrido en una vía de hecho que afecte derechos constitucionales fundamentales, pero siempre que se observen los demás requisitos de procedibilidad de la citada acción. Así, atendiendo al carácter subsidiario y residual del recurso de amparo (art. 86 C.P.), éste sólo procede contra una vía de hecho judicial cuando el ordenamiento jurídico no tiene previstos otros mecanismos de defensa que puedan invocarse, o cuando, existiendo, se utiliza la tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de protección permanece únicamente hasta que resuelva de fondo la autoridad competente (art. 8° del Decreto 2591 de 1991)”.

²³⁴ En términos de la sentencia: “En el caso sub examine, se controvierte el laudo proferido dentro del proceso arbitral de Daniel J. Fernández & Cia Ltda. contra Fiberglass Colombia S.A., el cual, no obstante asimilarse por mandato constitucional y legal a una decisión judicial, tiene dispuestos en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de control que en manera alguna pueden ser ignorados o desconocidos por el juez constitucional. En efecto, atendiendo al contenido de los artículos 37 y 41 del Decreto 2279 de 1989, compilados en el Decreto 1818 de 1998, contra los laudos arbitrales proceden los recursos de anulación y de revisión. El primero se surte ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial que corresponda a la sede del Tribunal de Arbitramento y, el segundo, que también actúa contra la sentencia que resuelve sobre la anulación, se surte ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en los términos y circunstancias previstas por los artículos 379 a 385 del Código de Procedimiento Civil”.

²³⁵ “...no podría el juez constitucional, y en particular esta Sala de Revisión, invadir la órbita de competencia asignada por la ley al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, decidiendo en forma paralela y casi simultánea sobre el mismo asunto: la presunta ilegalidad del laudo arbitral recurrido. Más aún, si como obra en las pruebas recogidas por esta Sala de Revisión (a folio 276), Fiberglass sustentó el recurso de anulación en varias de las causales consagradas en el artículo 38 del Decreto 2779/89, particularmente las contenidas en los numerales 2°, 8° y 9°, para lo cual utilizó, respecto de las dos últimas, los mismos fundamentos jurídicos que ahora promueven la acusación en sede de tutela; es decir, aquellos dirigidos a demostrar el error de interpretación del tribunal de arbitramento al reconocer la existencia de un contrato de agencia comercial entre las partes y desconocer el de suministro”.

²³⁶ Dijo la Corte: “no encuentra la Sala justificación alguna para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la supuesta vía de hecho en que incurrió el tribunal de arbitramento, convocado para dirimir el conflicto de naturaleza contractual surgido entre Fiberglass Colombia S.A. y Daniel J. Fernández & Cia. Ltda., pues como ha quedado explicado, dicho pronunciamiento corresponde hacerlo, por mandato legal, al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá quien en la actualidad está conociendo del referido recurso de anulación tanto por errores in procedendo (causal 2a.) como por errores in iudicando (causales 8a. y 9a.). Así, ha de reiterarse entonces, que la acción de tutela es una institución procesal de naturaleza residual que no le otorga al presunto afectado la posibilidad de acceder a ella de manera discrecional, promoviendo su ejercicio en forma simultánea y concurrente con otros recursos legales que, como ocurre con el de anulación, han sido dispuestos en el ordenamiento jurídico para proteger el debido proceso y el derecho de defensa de quienes son parte en una actuación judicial”.

tanto mecanismo transitorio, ya que no se había demostrado la inminencia de un perjuicio irremediable, cuya existencia quedaba desvirtuada por el hecho de que, luego de que se resolviera el recurso de anulación, podía resultar siendo modificada la decisión adoptada por el tribunal arbitral²³⁷. En consecuencia, se denegó la tutela.

5.3.2. La segunda acción de tutela contra un laudo arbitral sobre la cual se pronunció la Corte fue decidida en la sentencia SU-837 de 2002²³⁸. En este caso, se revisaba la tutela interpuesta contra un laudo proferido en equidad por un tribunal de arbitramento obligatorio, convocado como consecuencia de un conflicto laboral colectivo suscitado en la Fundación Clínica Shaio cuya etapa de arreglo directo había fracasado, y simultáneamente contra la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de homologación presentado contra dicho laudo, en el cual no se consideró que las decisiones del tribunal fueran manifiestamente inequitativas ni exorbitantes. La Fundación y algunos ciudadanos interpusieron tutela contra el laudo y la decisión de la Corte Suprema, por considerar que se había incurrido en una vía de hecho por defecto fáctico al no haber apreciado las pruebas que indicaban la crítica situación económica de la clínica y la necesidad de reducir su carga laboral, por no haberse motivado debidamente el laudo, y porque el cierre eventual de la clínica llevaría a desconocer los derechos a la vida, la integridad física y la salud de sus pacientes.

La Corte abordó el examen de este caso afirmando, como primera medida, que es procedente la acción de tutela contra los laudos arbitrales –dado que los árbitros están sujetos a la Constitución y a la Ley en su condición de particulares que cumplen transitoriamente la función pública de administrar justicia-, pero que ello únicamente sucede en casos *extraordinarios*, en virtud del principio general de estabilidad de los laudos y de la existencia de mecanismos procesales específicos para controlarlos: “(...) *el principio general de la estabilidad de un laudo sólo puede tener excepciones en casos extraordinarios de desconocimiento de unos requisitos mínimos establecidos en la Constitución y en la ley. El ordenamiento jurídico ha previsto el control judicial del laudo por vía del recurso de homologación. Por lo demás, sólo en casos ciertamente extremos, donde se presenta una vulneración clara de derechos fundamentales por vías de hecho, es posible exceptuar la intangibilidad de los laudos, para garantizar, la supremacía de la Constitución*”.

²³⁷ “Como consecuencia de lo anterior, tampoco podría proceder la acción de amparo como mecanismo transitorio, ya que no se alegó ni se demostró en el curso del proceso, como tampoco lo observa esta Sala, la existencia de un perjuicio irremediable. Precisamente, la circunstancia de que Fiberglass haya utilizado el recurso de anulación en aras de resolver el asunto planteado en esta oportunidad, y el hecho de que la definición del recurso puede conducir a una eventual modificación o anulación del laudo arbitral en favor de sus intereses jurídicos y económicos, permite concluir a la Sala que no se cumplen los elementos determinantes del perjuicio irremediable -inminencia, urgencia y gravedad- y, por tanto, no puede tenerse como excusa para darle curso a la presente acción”.

²³⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En este orden de ideas, y concretamente en relación con los laudos proferidos en el ámbito laboral, la Corte explicó que la acción de tutela es procedente contra dichos laudos bajo dos modalidades: (a) como mecanismo transitorio, cuando se interpone para evitar un perjuicio irremediable mientras se resuelve el recurso de homologación –en hipótesis excepcionales de vulneración de un derecho fundamental, tales *“como cuando no se cita a uno de los dos árbitros, o se opta por escuchar sólo a una de las partes y excluir arbitrariamente a la otra”*, casos en los cuales *“antes de que sea proferido el laudo y por lo tanto antes de que pueda interponerse el recurso de homologación, la acción de tutela puede ser vía idónea para evitar, de manera expedita que continúe un proceso arbitral contrario al debido proceso”*–, o (b) como mecanismo principal *“contra el laudo arbitral y la sentencia de homologación, cuando se ha hecho uso de todos los otros medios de defensa judicial en contra del laudo arbitral y, sin embargo, persiste aún la vulneración o amenaza a un derecho fundamental”* –caso excepcional en el cual, para la Corte, ha de demostrarse que tanto el tribunal de arbitramento como el juez de homologación incurrieron en vías de hecho, ya que en virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, ésta *“como medio principal de defensa de los derechos fundamentales, tratándose de laudos arbitrales, no puede reemplazar el recurso de homologación”*.²³⁹

Posteriormente, la Corte precisó que en los casos de arbitraje en equidad en materia laboral, la acción de tutela es procedente para atacar tanto el laudo arbitral como la sentencia de homologación correspondiente, cuando éstos incurran en vías de hecho violatorias de la Constitución, pero explicó que a las decisiones arbitrales en equidad no le son aplicables los mismos tipos de vías de hecho que a los fallos en derecho. En este sentido, indicó que los laudos en equidad, atendiendo a sus rasgos distintivos, violan la Constitución en dos hipótesis: cuando carecen de motivación material, o son manifiestamente irrazonables, tornándose así en arbitrarias²⁴⁰, sin que se pueda trasladar

²³⁹ Para el caso específico de la interposición de tutela contra laudos arbitrales en materia laboral, la Corte precisó que en estas hipótesis debe presentarse la tutela también contra la sentencia de homologación: *“Una vez se ha surtido la homologación de un laudo arbitral por fallo judicial, el laudo adquiere fuerza de sentencia (art. 143 CPT), reemplazando la convención colectiva existente hasta ese momento. Por ello, en estricto sentido, la acción de tutela se dirige contra el laudo arbitral y la sentencia de homologación como unidad inescindible (...). // En caso de que la sentencia de homologación convalide el laudo arbitral pese a constituir éste una vía de hecho violatoria de los derechos fundamentales, el vicio de inconstitucionalidad se comunica a la sentencia de homologación. Esto porque la justicia laboral habría errado gravemente en el control que sobre el laudo había debido realizar, lo cual trae como consecuencia el que derechos fundamentales resulten vulnerados por el laudo en virtud de su exequibilidad declarada por la sentencia de homologación”*.

²⁴⁰ Dijo la Corte: *“Si bien la acción de tutela por vías de hecho procede contra el laudo y la sentencia que lo homologa, los defectos predicables de uno y otro acto son diferentes. Esto porque los árbitros deciden en equidad, mientras que los jueces fallan en derecho. Es así que los defectos de las decisiones judiciales –sustantivos, fácticos, orgánicos o procedimentales– no se aplican, en su integridad ni en el mismo sentido, a los laudos arbitrales en equidad y a las providencias judiciales. Aunque la equidad impone límites sustanciales a los árbitros y a la manera como deben decidir, estos límites son diferentes a los que se derivan de las reglas legales para los jueces que deciden en derecho una determinada controversia. Es así como las causales de las vías de hecho se restringen y adquieren un significado diferente en materia de tutela contra laudos. // Por su parte, el laudo arbitral presenta un defecto grave y manifiesto cuando carece de motivación material o es manifiestamente irrazonable. Se trata de un defecto por falta de motivación material o evidente irrazonabilidad que torna arbitraria la decisión arbitral. La sentencia de homologación que pasa por alto la falta de motivación o la evidente irrazonabilidad del laudo cae bajo la hipótesis del defecto sustantivo. Ello*

automáticamente a los árbitros en equidad la misma carga argumentativa que a un juez estatal, ni aplicar el mismo tipo de vías de hecho concebido para las sentencias proferidas por los jueces de la República.

A la luz de estas premisas, la Corte examinó el caso concreto y concluyó que no se había incurrido en una vía de hecho, por cuanto el laudo objeto de controversia, cuya justificación era muy breve, no carecía sin embargo de una motivación material mínima y, en consecuencia, no violó el derecho al debido proceso de las partes; por la misma razón, tampoco la sentencia de homologación proferida por la Corte Suprema de Justicia constituía una vía de hecho, ya que el laudo homologado no carecía absolutamente de motivación. La tutela, así, fue negada.

5.3.3. La tercera oportunidad en la que la Corte examinó una tutela interpuesta contra un laudo arbitral, fue en la sentencia SU-058 de 2003²⁴¹. En este caso, un tribunal de arbitramento adoptó un laudo con motivo de un pleito suscitado entre dos empresas mineras –Carbones de los Andes S.A. y Carbones Soria Ltda.–, relacionado con un acuerdo de operación conjunta para ejecutar un contrato de explotación carbonera entre Carbones Soria y Carbocol-Ecocarbón. En el laudo se declaró resuelto el acuerdo de operación conjunta, y se decidió que Carbones de los Andes había incurrido en incumplimiento contractual, condenándolo al pago de perjuicios y a ceder gratuitamente a Carbones Soria sus derechos de explotación carbonera. Se interpuso recurso de anulación contra este laudo, pero el Tribunal Superior de Valledupar lo mantuvo en firme. Carbones de los Andes interpuso acción de tutela contra el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Valledupar, el Tribunal de Arbitramento y el Tribunal Superior de Valledupar, buscando dejar sin efectos el laudo, por considerar que se había incurrido en vía de hecho por defecto fáctico al desconocer pruebas que demostraban que Carbones Soria había incumplido con sus obligaciones contractuales, en el sentido de mantener vigentes los permisos administrativos ambientales para la ejecución del contrato.

Para resolver este caso, la Corte procedió en primer lugar a delimitar el ámbito de su propia competencia, definiendo (i) el problema jurídico a resolver, y (ii) el alcance de las facultades del juez de tutela frente a decisiones judiciales supuestamente violatorias de derechos fundamentales. En cuanto a la delimitación del problema jurídico planteado, la Corte explicó que el conflicto entre las dos empresas era uno de interpretación contractual, relativo al alcance de las obligaciones adquiridas por las dos empresas en conflicto, y de cuya resolución dependía el que el Tribunal hubiera incurrido o no en defecto fáctico al evaluar las pruebas que obraban en el proceso²⁴². Sin embargo, acto

porque por mandato legal la justicia laboral está obligada a surtir un control de legalidad a la vez que de constitucionalidad sobre el laudo arbitral, sin que sea aceptable limitarse a realizar un mero control formal del trámite, sin examinar si el laudo desconoce los derechos y facultades constitucionales de las partes”.

²⁴¹ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁴² En efecto, señaló esta Corporación que el problema a resolver se relacionaba con la obligatoriedad de contar con permisos de explotación para la mina de carbón correspondiente: por una parte, Carbones de los

seguido la Corte explicó que el juez de tutela cuenta con claras restricciones para pronunciarse sobre decisiones judiciales, a saber, únicamente puede decidir sobre aquellos aspectos del trámite o de la decisión que conllevan una violación de derechos fundamentales, ya que en virtud del principio de autonomía judicial –aplicable a los tribunales de arbitramento–, no se pueden invalidar las decisiones jurisdiccionales, a menos que los jueces hayan desconocido derechos fundamentales en su proceder. En consecuencia, afirmó la Corte que salvo que se haya demostrado que el tribunal de arbitramento, al efectuar sus interpretaciones jurídicas y aplicarlas al caso concreto, violó un derecho fundamental, el juez de tutela carece de competencia para pronunciarse sobre el laudo²⁴³. Con base en esta regla, la Corte señaló que el análisis de la conducta de los árbitros, antes que centrarse en el fondo del asunto sometido a su decisión, debe partir de las interpretaciones y afirmaciones hechas por ellos en el laudo – es decir, la Corte no procedió a interpretar directamente el alcance de las obligaciones contractuales en disputa, sino que examinó la interpretación hecha por los árbitros²⁴⁴.

Andes afirmaba que no existían las autorizaciones ambientales correspondientes, y que la falta de valoración de estas pruebas por el tribunal de arbitramento constituía una vía de hecho por defecto fáctico que, de haberse considerado, habría modificado el laudo, porque era obligación de Carbones Soria garantizar la existencia de tales autorizaciones; por otra, Carbones Soria afirmaba que sí existía autorización ambiental, cuya obtención correspondía a Carboandes, y que no se planteaba una discusión probatoria sino un problema de interpretación de las obligaciones contractuales. Ante estas dos posiciones, la Corte afirmó que el tema central del caso era uno de interpretación contractual, para determinar si existía claridad en las obligaciones de las partes, y posteriormente establecer, en caso de que existiera certeza sobre dichas obligaciones, si el tribunal había incurrido en vía de hecho por defecto fáctico: *“En vista de lo anterior, la Corte deberá abordar, en primera medida, lo relativo a la interpretación del contrato “acuerdo de operación conjunta”, pues es necesario establecer si existe claridad sobre las obligaciones de las partes contractuales. Una vez establecidas dichas obligaciones, podrá entrar a establecer si el tribunal de arbitramento incurrió en defecto fáctico. // ...El primer punto que la Corte debe abordar es lo relativo a la certeza sobre las obligaciones de SORIA y CARBOANDES, pues únicamente si existe dicha certeza es posible establecer si el tribunal de arbitramento erró de manera grave y con violación de derechos fundamentales, la valoración probatoria. En este orden de ideas, resulta decisivo establecer si era responsabilidad de SORIA obtener las autorizaciones ambientales para realizar la exploración en el área estipulada en el contrato 056-90 (con sus modificaciones) o si le competía a CARBOANDES. Intentar resolver este punto genera una pregunta que la Corte no puede eludir: ¿puede el juez de tutela entrar a resolver esta cuestión? De manera abstracta, esta pregunta lleva a indagar sobre los alcances del juez constitucional frente a las tutelas interpuestas en contra de sentencias judiciales”*.

²⁴³ *“Por definición, la acción de tutela únicamente procede si existe amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de la parte demandante (C.P. art. 86). Esta constituye la primera restricción al juez de tutela, pues únicamente le compete analizar la violación de los derechos fundamentales producida con ocasión, en este caso, de dictar una sentencia judicial. // Por otra parte, el principio de autonomía judicial impone una segunda y fuerte restricción a la competencia del juez constitucional. En virtud de dicho principio, el juez constitucional no puede invalidar las actuaciones judiciales e invadir la órbita funcional del juez (derecho al juez natural), más que cuando (i) el juez desconozca (o se aparte sin justificar debida y suficientemente) el precedente judicial aplicable al caso; (ii) el juez interprete el ordenamiento jurídico de manera incompatible con la Constitución; (iii) incurra en vía de hecho (defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental); y, finalmente, (iv) la protección efectiva del derecho fundamental violado demande del juez constitucional que resuelva el problema de fondo. // De lo anterior se desprende que (i) el juez constitucional tiene facultades limitadas para estudiar el proceso y la sentencia judicial sometida a su control; (ii) únicamente podrá cuestionar aquellos aspectos del trámite del proceso y la sentencia que, de suyo, conlleven a la violación de un derecho fundamental. Así las cosas, frente al caso que ocupa a la Corte, salvo que resulte claro que la interpretación que hizo el juez natural (tribunal de arbitramento) del contrato y las obligaciones de las partes, viole un derecho fundamental, no le corresponde al juez de tutela invalidar o desconocer la postura del juez natural”*.

²⁴⁴ *“La presente demanda de tutela está dirigida contra una decisión judicial. Por lo mismo, cualquier análisis sobre la conducta de los árbitros deberá partir de las precisiones que estos hicieran en el fallo. Lo primero que debe anotarse, es que el tribunal se limitó a interpretar los acuerdos privados celebrados entre SORIA y CARBOANDES. Según se desprende de la lectura de la sentencia, en ningún momento se estudiaron*

En aplicación de estas reglas, la Corte se limitó a constatar que (a) los árbitros se habían restringido a interpretar el alcance de las obligaciones derivadas para las partes del contrato por ellas celebrado, y (b) que se había pronunciado únicamente sobre el problema jurídico circunscrito en los alegatos de las partes²⁴⁵. En consecuencia, la Corte concluyó que no había elementos de juicio para afirmar que la interpretación contractual hecha por el tribunal de arbitramento hubiera sido irrazonable²⁴⁶, motivo por el cual no se había incurrido en defecto fáctico al apreciar las pruebas que obraban en el proceso a la luz de la interpretación arbitral en cuestión²⁴⁷. Por lo tanto, reafirmando la

las obligaciones derivadas del Contrato 056-90 y los Otrosí n° 1 y 2. Las partes nunca objetaron la ausencia de dicho análisis, salvo referencias claras al alcance de dichos instrumentos contractuales, que se hicieran ante la Corte Constitucional. Observa la Corte, con todo y sin que ello implique que la Corporación realice interpretación alguna de tales documentos, que al aceptar ECOCARBON la cesión de SORIA a CARBOANDES, se estipuló que las partes serían solidariamente responsables ante el Estado colombiano”.

²⁴⁵ “En los alegatos de conclusión (ver numeral 7 de esta sentencia), las partes plantearon su posición sobre las obligaciones derivadas de las cláusulas quinta y sexta del acuerdo de operación conjunta, ante el Tribunal. SORIA considera que cumplió con su obligación de mantener vigentes las licencias ambientales de explotación y que las correspondientes a la exploración eran un asunto de competencia de CARBOANDES. Esta, por su parte, afirma que estaba probado que existían licencias ambientales para explotación, pero que SORIA incumplió su obligación de mantener vigentes u obtener licencias para exploración. Este antecedente resulta decisivo, pues limita el conflicto jurídico y, por lo mismo, restringía el objeto de análisis del tribunal. En punto a lo anterior, no sobra recordar que en la cláusula vigésima octava del acuerdo de operación conjunta, que regula la cláusula compromisoria, se acordó que “toda **controversia** de hecho o de derecho que se origine entre las partes..., de no ser resuelta directamente por las partes, se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento...” (Negritillas añadidas). Así las cosas, habiendo SORIA y CARBOANDES coincidido en que las autorizaciones ambientales para explotación estaban vigentes, no existía conflicto y el tribunal no podía entrar a estudiar el asunto”.

²⁴⁶ “Tal como se desprende de lo transcrito en los antecedentes de esta sentencia (ver numeral 8), el Tribunal no hizo precisión absoluta sobre las obligaciones que se derivaban para las partes en virtud de las cláusulas quinta y sexta del acuerdo de operación conjunta. Sin embargo, ello no impide establecer, de manera razonable, lo que el tribunal entendió. // El Tribunal manifiesta explícitamente que SORIA “cumplió con su obligación de mantener al día sus permisos ambientales”, así mismo que respecto de la excepción de contrato no cumplido “se contradice con las copias remitidas por CORPOCESAR a este proceso”. De lo anterior se desprende que el Tribunal entiende que a SORIA únicamente le competía mantener vigentes los permisos ambientales relativos a la explotación. Ello se confirma con lo dicho respecto de la solicitud de referencia para elaborar el estudio de impacto ambiental: “de su contenido no se deriva certeza de incumplimiento alguno”. Es decir, el Tribunal entiende que el que SORIA hubiese solicitado los términos de referencia no implica que sea prueba de su incumplimiento. Antes bien, a lo largo del laudo arbitral el Tribunal señala que CARBOANDES no realizó actividad alguna relativa a la explotación y la exploración. Ello implica que el Tribunal entiende que SORIA solicitó los términos de referencia ante el incumplimiento de CARBOANDES, habida consideración de su responsabilidad solidaria ante MINERCOL. Esta interpretación se compagina con el entendimiento del contrato “asociación de operación conjunta” que tenía MINERCOL (entidad con evidente interés en el contrato, habida consideración de que es parte en el contrato 056-90 y los dos otrosí), como se desprende del testimonio de Jhonny Alfonso Hernández Igirio –Gerente de Fiscalización Minera en MINERCOL (ver literal c) del numeral 6.2 de esta sentencia). // Podría, con todo, oponerse, como lo hace CARBOANDES, que el mismo Tribunal afirma que CARBOANDES no probó el incumplimiento de SORIA. Para invalidar la anterior interpretación, debería resultar manifiesto que lo único que CARBOANDES podía probar era que SORIA no tenía vigentes todas las autorizaciones ambientales. Empero, existen elementos que CARBOANDES podía probar: (i) que SORIA no suministró la información de que trata la cláusula sexta; (ii) que había requerido a SORIA para que obtuviera los permisos ambientales para exploración; que elaboró estudios dirigidos a SORIA para que ésta realizara los trámites, etc. Es decir, no existen argumentos que desvirtúen como razonable la interpretación que hizo el Tribunal de las obligaciones derivadas de las cláusulas quinta y sexta”.

²⁴⁷ “La existencia de un defecto fáctico, en relación con la prueba del cumplimiento o incumplimiento de una obligación contractual, supone que (i) existen pruebas decisivas sobre el cumplimiento o incumplimiento y que (ii) existen problemas de valoración probatoria: el juez no las tomó en consideración o que a partir de ellas arribó a conclusiones que lógicamente no se derivan de las mismas. Es decir, que se dio como probado el cumplimiento o el incumplimiento, cuando no lo estaban, o viceversa. Obsérvese, en todo caso, que las pruebas pertinentes son aquellas que apuntan a probar o improbar el cumplimiento o no de la obligación. // En el presente caso, existe prueba de que no existía autorización para la exploración. Tal es el argumento de

importancia de respetar la interpretación jurídica efectuada por los árbitros en la medida en que ésta no había sido abiertamente irrazonable, la Corte denegó la tutela por considerar que no se había incurrido en vía de hecho por defecto fáctico.

De esta sentencia, es importante resaltar el respeto que se exige al juez de tutela respecto del margen autónomo de decisión de los tribunales arbitrales, que le impide pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento, y exige, para detectar la presencia de una vía de hecho, partir de la base de las interpretaciones y razonamientos efectuados por los árbitros en el laudo, los cuales únicamente constituirán vías de hecho cuando, en su aplicación al caso concreto, vulneren un derecho fundamental en forma directa. De lo contrario, no puede el juez de tutela controvertir las interpretaciones contractuales o legales y valoraciones probatorias efectuadas por los árbitros en su decisión.

5.3.4. La cuarta oportunidad en la que la Corte resolvió una acción de tutela presentada contra un laudo arbitral fue en la sentencia T-1228 de 2003²⁴⁸. En este caso, el Ministerio de Agricultura había presentado la acción contra un laudo proferido en relación con una disputa sobre un contrato de suministro celebrado con personas jurídicas privadas. Se alegaba, principalmente, que los funcionarios que habían convocado el tribunal de arbitramento obraron por fuera de su competencia, y que se había desconocido el derecho de defensa de la Nación – Ministerio de Agricultura, porque el abogado que lo representó no había objetado los dictámenes periciales en los que se basó la decisión, ni había recurrido el laudo a través del recurso de anulación.

Para efectos de definir la procedencia de la tutela en este caso, la Sala de Revisión recordó que (i) la tutela procede para restablecer derechos fundamentales cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio grave e irremediable; y (ii) no procede la acción de tutela cuando los intervinientes no han hecho uso de las oportunidades que les proporciona el ordenamiento para contradecir las actuaciones y decisiones de los jueces. Por lo tanto, para efectos de determinar si la tutela era procedente en este caso, la Corte determinó si la Nación – Ministerio de Agricultura había contado con las oportunidades procesales previstas en la ley para ejercer sus

entrada de CARBOANDES, tanto en la demanda de reconvención, como en la demanda de tutela. La supuesta inexistencia de las autorizaciones ambientales para la explotación no es objeto del proceso arbitral, pues, como ya se indicó, CARBOANDES aceptó que existía y, por lo mismo, no existía conflicto en la materia. Cabe preguntarse ¿ qué prueba el hecho de que no existían autorizaciones ambientales para explorar? Por sí solas, las pruebas en este sentido no prueban nada distinto que no estaba permitido explorar. // La valoración de que no existían las autorizaciones ambientales para explorar debe hacerse de acuerdo con las obligaciones contractuales, pues estaba en discusión el incumplimiento del contrato “acuerdo de operación conjunta”. Conforme entiende la Corte la posición del Tribunal de Arbitramento, la obtención de las mismas correspondía a CARBOANDES, sea porque fuera su obligación lograr la autorización o simplemente la realización de los estudios para que SORIA los pudiera solicitar. En este orden de ideas, no puede afirmarse que el Tribunal hubiese incurrido en defecto fáctico, pues, en últimas, entendió que CARBOANDES confesaba que no había cumplido”.

²⁴⁸ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

derechos durante el proceso arbitral²⁴⁹; ello, en la medida en que el juez de tutela únicamente puede intervenir cuando se constata que no se proveyeron las oportunidades procesales a las partes en condiciones de igualdad, violando así sus derechos fundamentales: *“la falta de medios adecuados para que las partes puedan hacer valer sus posiciones jurídicas dentro de los procesos en curso, aunada a la imposibilidad de hacer uso de ellos, en condiciones de igualdad, son los eventos que dan lugar a la intervención del Juez constitucional en el asunto, a fin de restablecer el debido proceso, sin perjuicio de la cosa juzgada que ampara la decisión, en sujeción a los dictados de los artículos 29, 86 y 230 de la Carta”*.

A la luz de estas reglas, la Corte examinó el procedimiento arbitral seguido en el caso que se revisaba, y concluyó que el apoderado de la Nación sí había contado con las oportunidades procesales para ejercer el derecho de defensa de su representada: (a) la providencia en la que la árbitro se declaró competente fue notificada en estrados durante la primera audiencia de trámite, y las partes la aceptaron²⁵⁰; (b) ejecutoriada esta decisión, dentro de la misma audiencia, la árbitro decretó la práctica de una inspección judicial y designó peritos, decisión que no fue controvertida por las partes²⁵¹. Así, no se podía alegar que la designación de los peritos hubiese sido una vía de hecho, ya que había contado con la aquiescencia del apoderado del Ministerio, consentimiento y convalidación procesal que no podían ser desconocidos por el juez de tutela²⁵². (c) Una vez notificados del peritazgo, el apoderado de las sociedades demandantes no lo objetó pero contravirtió su contenido, mientras que el apoderado de la Nación guardó silencio, lo cual implica convalidación de tal prueba²⁵³. (d) El apoderado de la Nación aportó oportunamente sus alegatos, por lo cual se respetó el derecho de defensa que se invocaba como quebrantado; y, en criterio de la Corte, no compete al juez de tutela retrotraer

²⁴⁹ Dijo la Corte: *“para resolver la procedencia de la acción, debe en consecuencia la Sala considerar si La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contó con las oportunidades previstas en el Decreto 1818 de 1998, para contradecir las decisiones adoptadas por la árbitro Yolanda Higuera de Gómez sobre su competencia y respecto de los aspectos probatorios, atinentes a resolución de las controversias que la entidad mantenía con las sociedades Grasas y Derivados GRADESA S.A., Navarro Vives e Hijos Ltda. y Cooperativa Industrial Lechera de Colombia CIDELDO Ltda”*.

²⁵⁰ *“...la notificación de la providencia que se reseña se surtió en estrados, y que las partes intervinientes ‘expresaron estar conformes con lo decidido’, no es dable, por tanto, asegurar que la accionada no resolvió sobre su competencia y que quebrantó por ello el debido proceso de la entidad pública comprometida en la controversia, porque lo que en realidad ocurrió fue que la decisión se tomó y fue aceptada y convalidada expresamente, por las dos partes”*.

²⁵¹ *“Notificadas las partes de la anterior decisión, en estrados, por conducto de sus apoderados, manifestaron su interés en la designación de un solo perito, y nada dijeron sobre la persona designada, como tampoco respecto del procedimiento seguido para ello”*.

²⁵² *“No puede en consecuencia el señor Representante de La Nación sostener que la árbitro accionada incurrió en vía de hecho, porque dispuso que el dictamen lo rendiría un solo perito, puesto que fue la aquiescencia de la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a la propuesta de su contraparte, prevista en la ley²⁵², la condición que originó tal decisión, y la realización de los valores constitucionales comprometidos en los juicios se verían resquebrajados si el Juez constitucional desconociera el consentimiento y la convalidación de las actuaciones procesales, por parte de los sujetos de la litis”*.

²⁵³ *“Según lo revela el expediente, el apoderado de las sociedades demandantes se pronunció en tiempo sobre el experticio, sin objetarlo, a fin de advertir el error en que habría incurrido el perito al calcular los intereses de mora^(...), sin que el apoderado de La Nación se pronunciara sobre el asunto; quiere decir entonces que la accionada bien podía acoger el experticio y fundar en éste su decisión, porque las partes convalidaron cualquier error del experto, si es que lo hubo”*.

la actuación para repetir los alegatos con miras a cambiar el resultado, ya que las oportunidades procesales precluyen, así las partes no las utilicen debidamente²⁵⁴. (e) Por último, el laudo se comunicó en una audiencia de fallo debidamente convocada, y no fue recurrido, por lo que quedó en firme; para la Corte, no compete al juez de tutela analizar el fondo del asunto, ya que éste fue dirimido en forma definitiva por el juez del contrato²⁵⁵. Así, después de este análisis la Corte concluyó que no era procedente la tutela como mecanismo de última instancia para defender los intereses de la Nación que el Ministro de Agricultura consideraba se habían defendido en forma equivocada, ya que los mecanismos establecidos en la ley para controvertir el laudo no habían sido ejercidos por los apoderados de la Nación, y la tutela no procede para solventar la incuria procesal de las partes²⁵⁶. Recalcó que el hecho de que las autoridades consideraran que la defensa ejercida por el apoderado de la Nación había sido inadecuada, dados los resultados negativos del proceso, no quería decir que no se hubiera respetado su derecho de defensa, ya que la árbitro actuó con sujeción a las normas procesales aplicables, y el respeto por el derecho de defensa no depende de que se acojan las posturas jurídicas de las partes al adoptar una decisión²⁵⁷. En consecuencia, la tutela fue negada.

²⁵⁴ “Observa la Sala que la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural aportó al proceso arbitral los elementos fácticos y jurídicos que, a su juicio, debían constituir el soporte del Laudo, es decir ejerció su derecho a presentar alegaciones, de modo que no puede el Ministro accionante aducir que el derecho a la defensa de la entidad que representa, por este aspecto, fue quebrantado. // No resulta tampoco posible retrotraer la actuación, para que los alegatos se repitan, a fin de abogar porque la parte vencida obtenga otro resultado, porque las oportunidades procesales precluyen así las partes no las utilicen debidamente, y no son los jueces los llamados a inmiscuirse en el debate adecuando las actuaciones defensivas de las partes, sino los obligados a resolver las controversias con imparcialidad, con sujeción al imperio de la ley, a fin de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo –artículo 2º C.P.”.

²⁵⁵ “Mediante Auto 009, proferido el 16 de 1999, concluida la etapa de alegatos, la árbitro convocó a las partes para la celebración de la audiencia de fallo, que se adelantaría el 3 de diciembre del mismo año, y, el día señalado, quedó resuelto en forma definitiva el conflicto que fuera sometido a consideración de la accionada, ya que - como se dijo- lo decidido no fue recurrido. // Para finalizar la Sala debe destacar que no le compete analizar los aspectos sustantivos debatidos entre La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y las sociedades contratistas, ya varias veces relacionadas, como tampoco adentrarse en el Laudo que los dirimió, porque dichos aspectos ya fueron dilucidados con efectos definitivos, con sujeción al ordenamiento constitucional, por el juez del contrato, al punto que no es dable volver sobre el asunto”.

²⁵⁶ “El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural invoca la protección del Juez constitucional, “como último mecanismo de defensa judicial”, a fin de que se restablezca el derecho fundamental al debido proceso de La Nación, quebrantado por la árbitro Yolanda Higuera de Gómez, al proferir el Laudo protocolizado mediante Escritura Pública 241 de 2000, otorgada en la Notaría Cincuenta y Uno de esta ciudad, pero la acción es improcedente, porque el ordenamiento cuenta con mecanismos adecuados para que las partes contradigan las decisiones arbitrales, que los apoderados de La Nación no utilizaron, y la acción de tutela no ha sido establecida para solventar la incuria procesal de las partes”.

²⁵⁷ “Como se ve, el accionante y el Ministerio Público pretenden revivir el conflicto resuelto por la árbitro accionada - con sujeción a la ley -, con el argumento de que la posición defensiva propia - asumida por el apoderado legalmente designado por el Ministerio para representarla- fue equivocada o deficiente, sin reparar en que la defensa es una garantía constitucional incondicional concedida por la Carta a todo aquel que comparece o debe ser llamado a un juicio, a fin de asegurarle la representación de sus intereses, conforme cada parte lo considere oportuno y conveniente, sin sujeción al resultado. // Quiere decir lo anterior que el derecho a la defensa de la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no fue quebrantado por la accionada, porque aquella actuó en el asunto por intermedio de un profesional del derecho en quien depositó su confianza, defendió su posición sin restricciones frente a la de su contrario, efectuó sus alegaciones, y realizó la actividad probatoria que consideró útil para influir en el convencimiento del juez, de acuerdo a sus intereses. // De suerte que las decisiones de instancia deberán confirmarse, toda vez que a los jueces no les compete inmiscuirse en las posiciones defensivas de las partes, así estas representen intereses públicos, sino actuar con imparcialidad adoptando las medidas necesarias para evitar

De esta sentencia ha de resaltarse que la Corte partió de la base del carácter subsidiario de la acción de tutela contra laudos arbitrales, respecto de los cuales se han de ejercer oportunamente los distintos medios y recursos consagrados en el ordenamiento jurídico, de forma tal que la tutela únicamente procede cuando se ha denegado a las partes el acceso a las oportunidades procesales que se consagran en el ordenamiento, o cuando habiendo hecho uso de ellas, persiste una vulneración directa de sus derechos fundamentales.

5.3.5. Por último, en la sentencia T-920 de 2004²⁵⁸ la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta contra un laudo arbitral proferido para dirimir diferencias contractuales entre Electrocosta y una firma de consultoría. Los accionantes alegaban que en el laudo y en su aclaración se había incurrido en vías de hecho por error sustantivo –consistente en una indebida interpretación de las cláusulas del contrato y de los términos del acta de liquidación- y error fáctico –consistente en una indebida valoración de un peritazgo, en la medida en que el tribunal arbitral había aceptado una objeción por error grave que, para el accionante, era improcedente-.

La Corte recordó en primer lugar que la acción de tutela contra laudos arbitrales procede únicamente en aquellos casos en que, por una vía de hecho, se haya presentado una vulneración directa de derechos fundamentales, tales como el derecho constitucional al debido proceso, vulneración contra la cual no haya sido posible jurídicamente interponer los recursos de anulación o de revisión, al ser sus causales de procedencia taxativas. En esa medida, al verificar que las violaciones del debido proceso que se atribuían al laudo y a la providencia no encuadraban dentro de las causales específicas de procedencia de dichos recursos, procedió a estudiar el caso para determinar si se había desconocido el artículo 29 de la Carta²⁵⁹; y formuló como problema jurídico a resolver el de determinar si el tribunal de arbitramento había desconocido *abiertamente* el debido proceso de la sociedad actora, como consecuencia de su interpretación de los términos contractuales y del acta de liquidación, y de su valoración del peritazgo realizado²⁶⁰.

la indefensión de los contendientes, sin valorar las actuaciones concretas de uno u otro, y es deber de las partes procesales cumplir las decisiones judiciales sin dilaciones”.

²⁵⁸ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵⁹ “La entidad accionante solicita se deje sin validez el Laudo por la incorrecta interpretación de los términos del contrato suscrito entre AFA y Electrocosta y la indebida valoración del dictamen pericial rendido, actuaciones que, en parecer de la demandante, constituyen vías de hecho. // La Sala observa que para atacar estos presuntos errores no es procedente ninguno de los recursos cuyas causales se transcriben. Por tal motivo, entrará a determinar el problema jurídico del caso y, posteriormente, pasará a darle solución (...).”

²⁶⁰ “En la presente ocasión, corresponde a la Sala Sexta determinar si el Tribunal de Arbitramento demandado desconoció abiertamente el debido proceso de AFA (i) al considerar a la luz de los términos del contrato COMER 005 y el Acta de liquidación del 9 de febrero de 2001 que no existía la obligación de realizar la auditoría a la obra entregada, y la visita conjunta para verificar los resultados de la auditoría, en los términos señalados por AFA, y (ii) al juzgar procedente la objeción por error grave propuesta por Electrocosta frente al peritazgo realizado, por haberse pronunciado más allá de lo pedido”.

Por otra parte, la Corte precisó que para determinar la existencia de violaciones al debido proceso por laudos arbitrales, es aplicable la doctrina de las vías de hecho desarrollada por la jurisprudencia constitucional en relación con las decisiones judiciales, atendiendo a las especificidades del arbitramento²⁶¹. En aplicación de esta doctrina al caso concreto que se examinaba, la Corte concluyó que (i) no se había configurado una vía de hecho por defecto sustantivo, puesto que la interpretación del contrato efectuada por los árbitros había sido razonable, y (ii) no se había configurado una vía de hecho procedimental en relación con el peritazgo cuya objeción había prosperado con base en la causal de “error grave”. Para la Corte, así éste se hubiera incorporado como prueba y valorado —como ha debido hacerse—, no habría cambiado el sentido del laudo²⁶². En palabras de la Corte, “si bien se presentó un error de carácter procedimental”, que condujo a la no valoración de una prueba que sí ha debido ser incorporada y tenida en cuenta, “tal error no es constitutivo de una vía de hecho”. Por lo tanto, la tutela se negó²⁶³.

En este caso, nuevamente, la Corte partió del respeto por el margen de interpretación legal y contractual con el que cuentan los árbitros, y resolvió negar la tutela contra el laudo por ellos adoptado al verificar que su interpretación de los términos contractuales era razonable. Por otra parte, el respeto por el margen de autonomía de los árbitros también se puso de manifiesto en el hecho de que aunque se verificó la existencia de un error de procedimiento en relación con la objeción del dictamen pericial, dicho error procedimental no era determinante del sentido del laudo, hasta el punto de que no se habría modificado la decisión eventualmente adoptada si no se hubiera incurrido en el mismo y se hubiera valorado el dictamen en cuestión. El error procedimental detectado, así, no tenía la entidad suficiente para justificar la intervención del juez constitucional dentro de la órbita autónoma de los árbitros.

5.4. Síntesis: reglas aplicables a la acción de tutela contra laudos arbitrales.

²⁶¹ “Tanto jueces como árbitros pueden llegar a incurrir en vías de hecho en su labor de administrar justicia. Es necesario para estar incurso en tal figura haber actuado arbitrariamente. La arbitrariedad en la actividad de los jueces de la República se ha encuadrado dentro de las siguientes tipos de defectos: orgánico, sustancia, procedimental y fáctico. La Corte ha aclarado que tratándose de arbitramentos en equidad si bien se puede incurrir en conductas arbitrarias, éstas no serían encuadradas dentro de los posibles efectos de un fallo en derecho. Así las cosas, los posibles defectos serían: falta de motivación material o evidente irrazonabilidad. No obstante, si el arbitraje es en derecho los tipos de defecto bajo los cuales se analizaría la conducta serían los mismos en los que podría incurrir un juez de la República. Para tal fin, se considera oportuno reiterar la sistematización de causales de vía de hecho realizada por esta Corte”.

²⁶² “En la presente ocasión, la Sala Sexta de revisión negará la tutela al debido proceso de AFA, por considerar que (i) la interpretación de las cláusulas del contrato realizada por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo Arbitral del 23 de mayo de 2003 y el Auto de Aclaración del 20 de junio del mismo año es razonable y, en esa medida no constituye grave error sustantivo, y (ii) si bien se presentó un error de carácter procedimental al haber considerado que la objeción por error grave en el dictamen pericial estaba llamada a prosperar, tal error no es constitutivo de una vía de hecho, puesto que así se hubiera considerado el peritazgo como prueba no hubiera cambiado el sentido del Laudo”.

²⁶³ El Magistrado Álvaro Tafur Galvis salvó su voto, por considerar que en este caso era procedente el recurso de anulación contra el laudo, y no la tutela.

Como se señaló en el aparte 3.4.3. precedente, las cinco providencias que se acaban de reseñar, en las cuales la Corte decidió sobre acciones de tutela interpuestas contra laudos arbitrales, tienen como común denominador los siguientes cuatro elementos, que en conjunto subrayan el carácter excepcional de la acción de tutela en estas oportunidades:

- (1) un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento;
- (2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales;
- (3) si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y
- (4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de hecho mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo.

Según se indicó en la sección 3.4.1. anterior, estos cuatro criterios se derivan, conjuntamente, de (a) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, (b) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia taxativa de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.

Cabe recordar que la definición de las vías de hecho, en general, ha sido restrictiva para evitar que la acción de tutela se transforme en un recurso ordinario contra las providencias judiciales. Desde 1994 la Corte definió las cuatro vías de hecho según se explica a continuación -definiciones que fueron posteriormente reiteradas mediante sentencias de unificación adoptadas por el pleno de la Corporación-. Tales definiciones han sido consideradas aplicables a los laudos, con las precisiones necesarias para respetar la naturaleza específica del arbitraje ejercido por particulares habilitados libre y autónomamente por las partes de manera excepcional y transitoria, con base en el artículo 116 de la Carta:

5.4.1. La vía de hecho por defecto sustantivo “*se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la*

disposición”²⁶⁴, y “se configura siempre que la decisión se encuentre fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto”²⁶⁵ o que “la decisión impugnada se funde en una norma evidentemente inaplicable”²⁶⁶.

De esta manera, en materia arbitral la *vía de hecho por defecto sustantivo* surge cuando el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental. Las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal. En esa medida, únicamente se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental. Esta fue la postura asumida por la Corte en las recién citadas sentencias SU-058 de 2003 –donde se afirmó que “*salvo que resulte claro que la interpretación que hizo el juez natural (tribunal de arbitramento) del contrato y las obligaciones de las partes, viole un derecho fundamental, no le corresponde al juez de tutela invalidar o desconocer la postura del juez natural*”- y T-920 de 2004 –en la cual se denegó la tutela invocada por considerar la Corte que “*la interpretación de las cláusulas del contrato realizada por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo Arbitral (...) es razonable y, en esa medida no constituye grave error sustantivo*”-. Además, es necesario que en la sentencia que resuelva el recurso de anulación interpuesto contra el laudo no se haya enmendado el error sustantivo de estas características, y que persista, luego de la resolución del recurso, un desconocimiento de una garantía o prohibición constitucional, o un desconocimiento de una interpretación conforme a la Constitución efectuada por la Corte Constitucional, que genera la vulneración directa de un derecho fundamental de la parte afectada.

5.4.2. Existe vía de hecho por defecto orgánico cuando se presenta “*el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular*”²⁶⁷, que “*se refiere a aquellas situaciones en las cuales el funcionario judicial carece absolutamente de competencia para resolver el asunto de que se trate*”²⁶⁸.

En el campo del arbitramento, la *vía de hecho por defecto orgánico* tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que en virtud de la regla *kompetenz-kompetenz* –ver aparte 3.2.1. (a) subsiguiente-, los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se

²⁶⁴ Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶⁵ Sentencia SU-014 de 2001, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

²⁶⁶ Sentencia SU-047 de 1999, MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

²⁶⁷ Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶⁸ Sentencia SU-014 de 2001, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez; reiterada en la sentencia SU-047 de 1999, MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles. Así mismo, dado que las causales de procedencia del recurso de anulación incluyen hipótesis relativas a la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, es indispensable que se haya interpuesto dicho recurso en forma oportuna contra el laudo que se ataca, y que luego de su resolución subsista el defecto orgánico. Las meras discrepancias respecto de la interpretación de la propia competencia efectuada por el tribunal arbitral no son suficientes para configurar este tipo de vías de hecho. Dado que son en principio los árbitros quienes están llamados a decidir el alcance de su competencia con base en la habilitación de las partes, el juez de tutela sólo podrá determinar si han incurrido en un exceso manifiesto, por salirse en forma protuberante del ámbito de su competencia.

5.4.3. Se configura vía de hecho por defecto procedimental “*en la actuación por fuera del procedimiento establecido*”²⁶⁹, la cual “*se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo*”²⁷⁰, y que implican “*una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo*”²⁷¹.

En esta medida, en materia arbitral la *vía de hecho por defecto procedimental* se configura cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y (b) dicha vulneración directa de derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto. Esta fue la doctrina aplicada por la Corte en la recién citada sentencia T-1228 de 2003 – en la cual se descartó la existencia de una vía de hecho procedimental, y se aclaró que únicamente se justifica la intervención del juez de tutela ante “*la falta de medios adecuados para que las partes puedan hacer valer sus posiciones jurídicas dentro de los procesos en curso, aunada a la imposibilidad de hacer uso de ellos, en condiciones de igualdad*”.

Dado que los errores *in procedendo* están, en términos generales, cubiertos por las causales de procedencia del recurso de anulación, quien interpone la acción de tutela contra la sentencia que negó la anulación y contra el laudo

²⁶⁹ Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁷⁰ Sentencia SU-014 de 2001, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez; reiterada en la sentencia SU-047 de 1999, MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

²⁷¹ Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

debe demostrar, para que se configure la vía de hecho, que persiste un error procedimental de esta magnitud e incidencia en el sentido del laudo.

5.4.4. Por último, la vía de hecho por defecto fáctico se configura mediante *“la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal”*²⁷², o en otras palabras, cuando *“resulte incuestionable que el juez no tiene el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”*²⁷³. Ha explicado la Corte²⁷⁴ que *“los defectos fácticos pueden agruparse en dos clases. La primera, la dimensión omisiva, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez”*²⁷⁵. La segunda, la dimensión positiva, abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución²⁷⁶. //Por eso, en lo que respecta a la dimensión omisiva, *“no se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba”*²⁷⁷ que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración²⁷⁸, cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente²⁷⁹.” Además ha advertido la Corte²⁸⁰ que *“El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”*²⁸¹.

²⁷² Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷³ Sentencia SU-047 de 1999, MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

²⁷⁴ Sentencia SU-159 de 2002, MP Manuel José Cepeda Espinosa

²⁷⁵ Cfr., por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

²⁷⁶ Cfr. la ya citada sentencia T-538 de 1994.

²⁷⁷ Ibíd. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se dijo en esa oportunidad: *“Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagradorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”*.

²⁷⁸ Cfr. sentencia T-576 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía. En aquella oportunidad se concedió la tutela, pues todos estos antecedentes, y, en especial, el hecho de que el Inspector tomó la decisión en contra de la parte lanzada sin sustento probatorio, conducirán a la Sala a la conclusión de ver aquí una vía de hecho, y a la decisión de tutelar el derecho al debido proceso de Norma Sánchez, aclarando que si bien, en principio, la Corte no puede sustituir al funcionario de policía en la apreciación de las pruebas, cuando hay una transgresión ostensible y grave de los más elementales principios jurídicos probatorios, la Corporación no puede permanecer impasible frente a la violación del derecho al debido proceso, derecho constitucional fundamental según el artículo 29 de la Carta.

²⁷⁹ Cfr. sentencia T-239 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Para la Corte es claro que, *“cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”*.

²⁸⁰ Idem

²⁸¹ Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

En tal medida, en materia arbitral la *vía de hecho por defecto fáctico* se configura, en eventos en los cuales los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable –hipótesis cuya ocurrencia examinó y descartó la Corte en la sentencia T-920 de 2004, arriba citada-, eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales. Es necesario que en estos casos, el defecto haya sido determinante del sentido de la decisión finalmente plasmada en el laudo. Al igual que con los otros tipos de vía de hecho, es indispensable que las partes interesadas hayan hecho uso de los recursos que consagra el ordenamiento jurídico para controlar el laudo que les afecta, y que con posterioridad a la resolución de dichos recursos, persista el defecto fáctico con clara violación de un derecho fundamental.

6. El caso concreto

Para la resolución del caso concreto, la Corte examinará dos aspectos centrales a la luz de las reglas que se explicaron en la sección precedente. En primer lugar, se establecerá si la acción de tutela de la referencia es procedente, es decir, si los accionantes han demostrado en su demanda que están presentes los diferentes requisitos arriba señalados para la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Posteriormente, en caso de que la acción que se estudia sea procedente, se determinará si el laudo arbitral acusado y la sentencia de anulación incurrieron en una vía de hecho atendiendo a la naturaleza específica del arbitraje.

6.1. Análisis de la procedibilidad de la acción de tutela objeto de revisión.

En esta sección, la Corte constatará que la acción de tutela objeto de revisión, interpuesta de manera conjunta contra el laudo arbitral de la referencia y contra la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación presentado contra éste, es procedente, al verificar (i) que los argumentos señalados por los accionantes contra tales providencias, versan sobre lo que la Corte Constitucional ha denominado “vía de hecho por defecto orgánico”, (ii) que ésta resultaría, siguiendo lo alegado por los tutelantes, de una violación directa de un derecho fundamental, con las características indicadas en el aparte 5.4.2 precedente, que fue planteada al Tribunal de Arbitramento durante el proceso arbitral y (iii) frente a la cual, los accionantes interpusieron los recursos judiciales disponibles (v.gr. recurso extraordinario de anulación).

a) Los accionantes demandaron de manera conjunta el laudo arbitral y la sentencia que resolvió el recurso de anulación interpuesto contra éste y presentaron argumentos que versan sobre la ocurrencia de una vía de hecho por defecto orgánico.

Tal como se mencionó en apartes anteriores de esta sentencia (apartado 5), la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que es procedente la acción de tutela contra laudos arbitrales cuando éstos incurren en una violación directa de un derecho fundamental constitutiva de vía de hecho, que no haya sido enmendada al resolver los recursos oportunamente interpuestos para efectos de controlar judicialmente el laudo.

Al confrontar estos requisitos frente a la acción de tutela que se revisa, se evidencia en primer lugar que ésta no es manifiestamente improcedente, si se tiene en cuenta que los accionantes demandaron de manera conjunta el laudo arbitral proferido el 24 de abril de 2003, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir controversias económicas existentes entre CISA y el Departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017, y la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación presentado por este departamento contra el referido laudo arbitral.

De la lectura de la demanda de tutela, se concluye que en esencia los accionantes acusan a las referidas providencias judiciales de haber incurrido en lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado una vía de hecho por defecto orgánico, como se indicó en el aparte 5.4.2 precedente.

Los argumentos de los accionantes confluyen en señalar que el laudo recurrido terminó pronunciándose sobre la validez del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato (Resolución 095 de 2001 confirmada por la Resolución 209 de 2002), con lo cual, el Tribunal de Arbitramento rebasó los límites de su competencia legal y constitucional, dado que éstos carecen de competencia para fallar sobre la validez de los actos administrativos, asunto frente al cual sólo es competente la jurisdicción contencioso administrativa²⁸².

En algunos apartes de la demanda de tutela, los accionantes formularon la vía de hecho en la que supuestamente incurrieron el Tribunal de Arbitramento y la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Es claro y diáfano que tanto el Tribunal de Arbitramento constituido para el presente caso y la Sección Tercera del Consejo de Estado en su decisión sobre el recurso de anulación incurrieron en vía de hecho toda vez que desconocieron lo dispuesto en los artículos 60²⁸³ y 61²⁸⁴ de la

²⁸² Se debe señalar que el hecho de que en algunos de sus argumentos, los accionantes planteen desacuerdos interpretativos respecto de las leyes aplicables (Ley 80 de 1993), el contrato (GM-95-04-017) y el Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, no impide que se entienda que en esencia, en la acción de tutela, los accionantes están acusando al Tribunal de Arbitramento de haberse pronunciado en el laudo sobre la validez del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato.

²⁸³ Si bien los accionantes no citan el texto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una mejor comprensión de la vía de hecho alegada, se citará a continuación el texto de este artículo. “ARTICULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común

Ley 80 de 1993 respecto a la liquidación de los contratos estatales e hicieron mal uso por indebida interpretación de los artículos 70²⁸⁵ y 71²⁸⁶ de la misma ley y de lo estipulado en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato No GM-95-04-017 de 1995 en su cláusula tercera²⁸⁷.

En otros apartes de la demanda, los accionantes variaron un poco la descripción de la citada vía de hecho alegada contra el Tribunal de Arbitramento y contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, pero mantuvieron en esencia los mismos fundamentos:

“Honorables Consejeros la Acción de Tutela de la referencia consideramos respetuosamente está llamada a prosperar como quiera que se evidencia una violación por Vía de hecho por parte del Tribunal de Arbitramento convocado por la Cámara de Comercio de Santiago de

acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

“En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

²⁸⁴ Si bien los accionantes no citan el texto del artículo 61 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una mejor comprensión de la vía de hecho alegada, se citará a continuación el texto de este artículo. *“ARTICULO 61. DE LA LIQUIDACION UNILATERAL. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.*

²⁸⁵ Si bien los accionantes no citan el texto del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una mejor comprensión de la vía de hecho alegada, se citará a continuación el texto de este artículo. *“ARTICULO 70. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

“El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro.

“La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

“Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

“En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional”.

²⁸⁶ Si bien los accionantes no citan el texto del artículo 71 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una mejor comprensión de la vía de hecho alegada, se citará a continuación el texto de este artículo. *“ARTICULO 71. DEL COMPROMISO. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

“En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo”.

²⁸⁷ Folio 5 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

Cali y la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en la medida en que estas dos Corporaciones con su actuación desconocieron las normas contenidas en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y el mismo acuerdo entre las partes”²⁸⁸.

De igual manera, en otros apartes, los accionantes describieron, de forma separada, las irregularidades en las que incurrieron el laudo arbitral acusado y la sentencia mediante la cual se resolvió el recurso de anulación interpuesto contra éste.

Los argumentos presentados específicamente contra el laudo arbitral, que se citan textualmente a continuación, tienen que ver en últimas con la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre la validez del acto de liquidación unilateral del contrato de concesión GM-95-04-017. Al respecto, los accionantes señalaron lo siguiente en la demanda de tutela:

“Es evidente que el Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo arbitral desconoció la existencia de la Resolución 0095 del 17 de Septiembre del 2001 mediante la cual el Departamento del Valle en pleno uso de sus potestades legales liquidó unilateralmente el contrato No GM-95-04-017”²⁸⁹. Igualmente es claro que dicha resolución, para la fecha en que se profirió el laudo arbitral se encontraba en firme, puesto que fue recurrida por la firma contratista con resultados adversos. La misma suerte corrió con la acción de tutela que interpuso en contra de la citada resolución.

“Conocido es y así lo ha manifestado en reiteradas oportunidades la doctrina y la jurisprudencia que el acto de liquidación es la actuación que pone fin y dirime las situaciones patrimoniales de las partes en la ejecución del contrato cuando hay acuerdo entre las partes, o si el acto liquidatorio queda en firme al no ser objeto de glosa por el interesado dentro del término, o si agotada la vía gubernativa el acto administrativo no es demandado ante la jurisdicción contenciosa. En ese orden de ideas y de acuerdo a los hechos expuestos la sociedad

²⁸⁸ Folio 16 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

Al comparar la primera formulación de las vías de hecho en las que incurrieron los entes accionados, frente a esta segunda enunciación, anteriormente citada, se vislumbra que en esta última, los accionantes omiten mencionar la vía de hecho relativa al “mal uso, por indebida interpretación, de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993”.

²⁸⁹ En el mismo sentido, en apartes posteriores de la demanda de tutela, los accionantes afirman lo siguiente: “(...) dicho Tribunal (el de Arbitramento) se pronunció y decidió sobre aspectos que eran del resorte exclusivo del acto liquidatorio. Así las cosas es evidente que las pretensiones instauradas por la Sociedad de Concesiones de Infraestructura S.A. CISA se circunscribían a la liquidación del contrato y así fueron decididas por el Tribunal sin tener en cuenta la existencia previa de la Resolución por medio de la cual la Gobernación del Valle ya había liquidado el contrato y que se encontraba en firme y revestida por la presunción de legalidad que cubre todo acto de la administración que se encuentre vigente, desbordando así los límites que la ley ha conferido a los particulares que se envisten transitoriamente de árbitros”. (folio 10 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

Concesiones de Infraestructura S.A. CISA no demandó la resolución de liquidación unilateral del contrato en la sede judicial correspondiente, luego entonces no cabe más que concluir que la precitada Resolución 0095 mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de concesión y una vez resuelto el recurso de reposición interpuesto por la mencionada sociedad adquirió firmeza y por lo tanto inmutabilidad, dejando en firme lo dispuesto por la administración Departamental en relación con las diferencias patrimoniales presentadas”²⁹⁰.

(...)

“Con base en estas disposiciones [haciendo referencia los artículos 60 y 61 de Ley 80 de 1993] las entidades públicas tienen dentro de sus potestades la de efectuar la liquidación de un contrato e imponerla en caso de que el contratista no acepte su contenido.

“Esta potestad, como las demás otorgadas por la ley se atribuye para tutelar el interés público y se encuentra preestablecida en la ley dentro de los límites señalados por ella misma. Potestades semejantes permiten a las entidades imponer coactivamente su voluntad, ese poder no se otorga ni se deroga por la voluntad contractual ya que no nace del negocio jurídico sino de la ley. Las potestades contractuales tienen un carácter de orden público por estar previstas para lograr los fines del estado; por lo tanto, no son negociables, transables o renunciables y no puede la entidad dejar de aplicarlas. Además si por alguna circunstancia no se efectúa la liquidación según lo previsto en la Ley 80 de 1993 el mismo legislador en el artículo 136 numeral 10 literal e del C.C.A determinó que el particular contratista puede pedir que la justicia contenciosa administrativa sea la que liquide el contrato”²⁹¹.

(...)

“Igualmente el Honorable Consejo de Estado tanto en sentencias como también la sala de consulta ha manifestado la incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre actos unilaterales contractuales dictados en ejercicio de las potestades otorgadas a la administración y sobre la nulidad de la renuncia al ejercicio de dichas potestades”²⁹².

En el mismo sentido, en otros capítulos de la demanda de tutela, afirmaron lo siguiente:

²⁹⁰ Folio 5 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

²⁹¹ Folio 12 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

²⁹² Folio 13 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

“Es cierto y claro que a la fecha existen dos liquidaciones del contrato GM-95-04-017: La primera contenida en la Resolución 0095 efectuada como liquidación unilateral y elaborada por la Administración Departamental conforme a las potestades legales otorgadas por la Ley 80 de 1993 y a lo convenido por las partes en la cláusula tercera del acta de terminación del contrato. La Segunda efectuada por el Tribunal de Arbitramento constituido ante la Cámara de Comercio de Cali, en el laudo arbitral proferido el día 24 de abril de 2003 en el cual como ya se manifestó, dicho Tribunal se pronunció y decidió sobre aspectos que eran del resorte exclusivo del acto liquidatorio. Así las cosas es evidente que las pretensiones instauradas por la Sociedad de Concesiones de Infraestructura S.A. CISA se circunscribían a la liquidación del contrato, y así fueron decididas por el Tribunal sin tener en cuenta la existencia previa de la Resolución por medio de la cual la Gobernación del Valle ya había liquidado el contrato y que se encontraba en firme y revestida por la presunción de legalidad que cubre todo acto de la administración que se encuentre vigente, desbordando así los límites que la ley ha conferido a los particulares que se envisten transitoriamente de árbitros”²⁹³.

Por otro lado, los accionantes presentaron en la demanda de tutela algunos argumentos específicos contra la sentencia que resolvió el recurso de anulación, que se citan textualmente a continuación.

Tales argumentos versan sobre una supuesta omisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el análisis de una de las causales de anulación alegadas por el Departamento del Valle del Cauca en el recurso, y en últimas, tienen que ver con el argumento principal de los tutelantes, referente a que el Tribunal de Arbitramento terminó desconociendo la validez y firmeza del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, para lo cual carecía de competencia.

²⁹³ Folio 10 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

En la demanda de tutela, los accionantes hicieron mención, a lo que denominaron la “disyuntiva” en la que se encontraba para ese momento el Departamento del Valle del Cauca y que describieron de la siguiente manera: “Por una parte, existe la Resolución No 095 de 2001 por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de concesión No GM-95-04-017 de 1995, suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la firma Concesiones de Infraestructura S.A. CISA y se ordena a esta última pagar la cantidad de \$7.364.438.799.00.

“Dicha resolución se encuentra en firme, no ha sido demandada y ya prescribió el término que tenía la empresa concesionaria para instaurar la acción contenciosa.

“Por la otra de acuerdo al Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento el día 24 de Abril de 2003 y confirmado por el Honorable Consejo de Estado, el Departamento del Valle debe cancelar a la empresa concesionaria la cantidad de \$20.743.302.874.00 por según la liquidación hecha por el Tribunal de Arbitramento” (Folio 15 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

En el mismo sentido, en el acápite de hechos de la demanda de tutela, los accionantes señalaron lo siguiente: “En la actualidad existen dos actos jurídicos que afectan el patrimonio económico del Departamento del Valle. Uno, la liquidación unilateral contenida en la resolución 095 del 17 de septiembre del 2001, y el segundo, el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de manera posterior el día 24 de abril de 2003 el cual no fue anulado por el Honorable Consejo de Estado”. (folio 4 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

“Ahora, en cuanto a la decisión de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado manifiesta esta Corporación en su parte motiva (folio 0191) lo siguiente:

“A esta Corporación solo le resta agregar que el hecho relativo a que los árbitros no hayan sentenciado de fondo sobre uno de los puntos sujetos a su conocimiento, por las partes, como es el de la liquidación del contrato, no es materia que en este caso sea objeto del conocimiento del Consejo de Estado, toda vez que ello **no fue hecho alegado por las partes** mediante la invocación de la respectiva causal de anulación (**fallo mínima petita**) y que tampoco se encuentra dentro de los hechos que pueden ser analizados en forma oficiosa por el juez en sede extraordinaria de anulación, punto respecto del cual la Sala se remite a lo manifestado en relación con la primera causal de anulación”. (las negrillas son del texto original)

“A lo anterior Honorables Magistrados, cabe anotar de manera respetuosa que evidentemente se equivocó la sección tercera al manifestar que la liquidación del contrato no fue un hecho alegado por las partes mediante la invocación de la causal de anulación.

“Probado está que en el escrito de sustentación del recurso de anulación del laudo presentado por el doctor José Félix Escobar Escobar como apoderado del Departamento del Valle del Cauca, en su punto tercero, segunda causal de anulación²⁹⁴ menciona claramente la liquidación unilateral efectuada por la administración. En efecto hizo la siguiente acotación al respecto:

²⁹⁴ Al revisar la sustentación del recurso de anulación interpuesto por la Gobernación del Valle se observa que la segunda causal de anulación alegada (contenida en el punto tercero del memorial) a la que hace referencia el aparte citado, corresponde a la causal del numeral 3 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 3 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998) que se refiere a cuando la parte resolutive del laudo contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias, pero exige para su procedencia que esta situación haya sido alegada oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

Al comparar la causal de anulación a la que se refiere el párrafo de la sentencia acusada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, citado por los accionantes en la demanda de tutela, con la causal de anulación sobre la que versa el aparte del memorial de sustentación del recurso de anulación, citado por los accionantes en la demanda de tutela, y mediante el cual pretenden demostrar que la liquidación del contrato “*fue un hecho alegado por las partes mediante la invocación del recurso de anulación*” (folio 6 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611), la Corte constata que no se trata de la misma causal de anulación (el párrafo de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, citado en la demanda de tutela, corresponde al estudio de la causal relativa a cuando el laudo ha recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o éstos concedieron más de lo pedido y el párrafo del memorial de sustentación del recurso de anulación, citado en la demanda de tutela, corresponde a la causal relativa a cuando la parte resolutive del laudo contiene errores aritméticos o disposiciones contradictorias).

Al respecto, ver los folios 6 y 7 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, los folios 199 al 203 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611 y los folios 264 al 289 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 60 al 85 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

“Como tendremos oportunidad de analizar con detenimiento más adelante el hecho de que el tribunal en el punto sexto decisorio del laudo hubiera negado la pretensión cuarta principal de la demanda (ordenar la liquidación del contrato) hace incurrir al laudo en graves e insalvables contradicciones, pues quien carece de competencia para decidir sobre la liquidación del contrato no puede tenerla para fallar sobre elementos que pudieran formar parte de esa liquidación. De otro lado, los señores árbitros expresan con toda claridad en el laudo que conocen la circunstancia de que el contrato GM-95-04-017 fue objeto de liquidación unilateral por parte del Departamento del Valle del Cauca (...)”

“De lo anterior se infiere que aunque si bien es cierto la segunda causal de anulación no se tituló como liquidación del contrato toda la argumentación de dicho punto hace referencia a tal liquidación, luego entonces si debió pronunciarse la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado sobre la misma”²⁹⁵.

De la revisión de la demanda de tutela presentada se concluye entonces que (i) los accionantes demandaron de manera conjunta el laudo arbitral y la sentencia que resolvió el recurso de anulación interpuesto contra éste y que (ii) contra estas providencias presentaron argumentos que pueden ser clasificados como una vía de hecho por defecto orgánico, al haberse desconocido, según los accionantes, la validez y la firmeza del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato.

b) La vía de hecho por defecto orgánico en la que, según los accionantes, incurrieron el Tribunal de Arbitramento y la Sección Tercera del Consejo de Estado, resulta de una vulneración directa del derecho fundamental al debido proceso.

Los accionantes alegaron que, en el laudo, el Tribunal de Arbitramento convocado desconoció la validez y firmeza del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 y que la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación interpuesto contra éste, avaló tal actuación.

La actuación de la que los accionantes acusaron a estas autoridades judiciales (Tribunal de Arbitramento y Sección Tercera del Consejo de Estado) constituiría, siguiendo lo alegado por los tutelantes, una vía de hecho por defecto orgánico.

Al respecto, los tutelantes aludieron a la sentencia de la Corte Constitucional C-1436 de 2000, en la que se estudió la constitucionalidad de los artículos 70

²⁹⁵ Folios 6 y 7 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

y 71 de la Ley 80 de 1993, los cuales fueron declarados exequibles bajo el entendido que los árbitros designados para resolver los conflictos derivados de un contrato administrativo “*no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales*”²⁹⁶. Los accionantes citan en la demanda de tutela el siguiente aparte de la referida sentencia C-1436 de 2000:

*“(...) En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado (...)”*²⁹⁷

De igual manera, citaron un aparte del salvamento de voto de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, y señalaron lo siguiente:

“Cabe anotar que hasta en el salvamento de voto de dicha sentencia la doctora Cristina Pardo quien se apartó de lo dispuesto sobre la incompetencia de los árbitros para juzgar la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en ejercicio de las potestades excepcionales sostuvo lo siguiente:

*“En el caso de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las llamadas cláusulas exorbitantes, resulta evidente que la administración no puede renunciar al ejercicio de las facultades excepcionales para proferirlos, pues ellas las ostenta por razones que tocan con el interés general. Pero los derechos que adquiere en virtud del ejercicio de dichos poderes, son cosa distinta de los poderes mismos, y ellos sí pueden ser renunciados”*²⁹⁸.

Se concluye entonces que las alegaciones presentadas por los accionantes hacen que la tutela por ellos interpuesta sea procedente, puesto que cumple con los siguientes requisitos de procedibilidad. En efecto, (i) invocan una vía

²⁹⁶ En la parte resolutive de la sentencia C-1436 de 2000 (MP: Alfredo Beltrán Sierra, con salvamento de voto de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger y con salvamento de voto del magistrado Álvaro Tafur Galvis) la Corte Constitucional decidió lo siguiente: “*Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales*”.

²⁹⁷ Folio 13 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

²⁹⁸ Folio 13 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

de hecho, específicamente una vía de hecho por defecto orgánico, (ii) que resultaría de una violación directa del derecho fundamental al debido proceso, en el sentido de que los árbitros obraron manifiestamente por fuera de su ámbito de competencia, excediendo una de las limitaciones establecidas en la Constitución, v.gr. la prohibición de que los árbitros se pronuncien sobre la validez de los actos administrativos, según se estableció en la sentencia C-1436 de 2000.

Además de los mencionados requisitos, para que sea procedente la acción de tutela de la referencia, se debe constatar también que, previamente a haber interpuesto la acción, los tutelantes agotaron los mecanismos procesales de protección, disponibles tanto en el trámite arbitral como ante la justicia estatal.

En consecuencia, en los siguientes apartes la Corte Constitucional analizará si, a lo largo del trámite arbitral, los tutelantes pusieron en conocimiento del Tribunal de Arbitramento la vía de hecho por defecto orgánico que ahora invocan mediante la acción de tutela que se revisa. De igual forma se revisará si con posterioridad a la expedición del laudo arbitral, existía algún mecanismo judicial mediante el cual, la referida vía de hecho era susceptible de ser alegada. De ser afirmativa la respuesta, la Corte constatará si los tutelantes hicieron uso de tal mecanismo judicial.

c) La vía de hecho por defecto orgánico, de la que se acusa al laudo arbitral, fue alegada por el Departamento del Valle del Cauca durante el trámite arbitral, en las instancias procesales disponibles para hacerlo.

Se encuentra probado en el expediente que el Departamento del Valle del Cauca, con anterioridad a la interposición de la acción de tutela que se revisa, planteó ante los propios árbitros, la ocurrencia de la vía de hecho por defecto orgánico en mención.

A lo largo del trámite arbitral, y con anterioridad a que fuere proferido el laudo, los apoderados del Departamento del Valle del Cauca argumentaron la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver las pretensiones presentadas por CISA en la demanda, dado que, según esta entidad territorial, al resolverlas, el Tribunal de Arbitramento efectuaría un pronunciamiento sobre el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato²⁹⁹, y con tal proceder, estaría actuando por fuera de su competencia constitucional y legal al desconocer la firmeza de un acto que se presume válido.

²⁹⁹ El acto administrativo de liquidación unilateral del contrato fue proferido por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca estando en curso el trámite arbitral [más exactamente, fue proferido el 17 de septiembre de 2001, esto es, con posterioridad a la notificación de la demanda arbitral al Departamento del Valle del Cauca (24 de mayo de 2001), y a la contestación de la demanda arbitral por parte de este Departamento (6 de julio de 2001), pero con anterioridad a que se efectuara la audiencia de conciliación prearbitral (21 de noviembre de 2001) y a la instalación del Tribunal de Arbitramento (8 de febrero de 2002)].

Así por ejemplo, en el recurso de reposición interpuesto el 29 de mayo de 2002 por el Departamento del Valle del Cauca contra el Auto No 18 del Tribunal de Arbitramento, mediante el cual le ordenó a este departamento que exhibiera “los documentos relacionados con el acto de liquidación unilateral del contrato y con el recurso interpuesto por la parte convocante contra la mencionada liquidación”³⁰⁰, el Departamento del Valle del Cauca señaló lo siguiente:

“A. La facultad de los árbitros no es limitada, Está ceñida a los temas de discusión que la demanda les ha propuesto y en el caso que nos ocupa el acto administrativo mediante el cual la Gobernación del Valle decidió liquidar unilateralmente el contrato no forma parte de las pretensiones consignadas en la demanda, mal pueden los señores árbitros sin violentar de manera grave el orden jurídico acceder a la petición extemporánea de la señora apoderada de la contraparte (...)

“B. Es doctrina reiterada del Consejo de Estado que los Actos Administrativos no pueden ser debatidos por los Tribunales de Arbitramento. En el evento de que este Honorable Tribunal accediera a la solicitud extemporánea de la apoderada de la contraparte se estaría desenvolviendo de manera grave esa pauta de conducta de los tribunales de arbitramento, limitación en la capacidad arbitral que la propia demanda se encargó de recordar en su hoja No 8: ‘Debe advertirse que en este proceso no se debate la legalidad de acto administrativo alguno y por lo mismo el demandante no somete a conocimiento de los Honorables árbitros conflicto alguno derivado de la legalidad misma de su expedición’. Carece por completo de pertinencia y procedencia la prueba extemporánea solicitada por la señora apoderada de la contraparte, pues tratar de traer a este debate jurídico consideraciones sobre la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo controvierte no la propia demanda, cosa que me parece irrelevante sino las pautas fijadas por el Honorable Consejo de Estado dentro de las cuales los Tribunales de Arbitramento que conocen de contratos en que es parte el Estado deben moverse. Por las anteriores consideraciones y con todo respeto solicito que este Honorable Tribunal respete el debido proceso, se ciña al debate que le fue planteado en la demanda y en la contestación y no extienda a consideraciones sobre ilegalidad de actos administrativos las facultades jurisdiccionales que por vía de excepción las partes le confirieron (...)”³⁰¹

³⁰⁰ Folio 91 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³⁰¹ Folios 91 y 92 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

En el Auto No 20 del 31 de mayo de 2002 el Tribunal de Arbitramento resolvió el referido recurso de reposición y confirmó la decisión que había adoptado en el Auto No 18, aclarándola en el sentido de que el Departamento del Valle del Cauca sólo debía exhibir “el documento relativo al recurso interpuesto por la parte convocante contra el acto de liquidación” (Folio 101 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611).

Es importante señalar que con anterioridad a que el Departamento del Valle del Cauca hubiere liquidado unilateralmente el contrato de concesión, la demanda arbitral presentada por CISA ya había sido admitida por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali y ya había sido notificada a esta entidad territorial.

Por tal razón, existieron actuaciones del Departamentos del Valle del Cauca dentro del trámite arbitral, tales como la interposición del recurso de reposición contra la admisión de la demanda arbitral, la contestación a la misma y la presentación de excepciones que fueron anteriores a la liquidación unilateral del contrato.

En las referidas actuaciones, el Departamento del Valle del Cauca alegó también la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de las pretensiones planteadas por CISA en la demanda arbitral, pero señaló un fundamento distinto.

En tales actuaciones procesales, el Departamento del Valle del Cauca no alegó la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para juzgar la validez del acto de liquidación unilateral (porque de hecho, tal acto aún no había sido proferido por esta entidad territorial), sino su falta de competencia para acceder a la pretensión de CISA relativa a liquidar el contrato GM-95-04-017³⁰².

Al respecto, el Tribunal de Arbitramento señaló lo siguiente:

“(...) tal como lo manifestó la parte convocante en su escrito de demanda, y lo expresó el apoderado de la parte convocada en esta audiencia, la demanda no busca pronunciamientos del Tribunal sobre aspectos de legalidad de acto administrativo alguno. Este es un asunto que el Tribunal tiene muy claro. Las pretensiones de la demanda que circunscriben el ámbito de competencia del Tribunal en ningún momento solicitan declaratoria alguna relacionada con la legalidad o ilegalidad de actos administrativos y por tanto este tema no está incluido en las pretensiones de la demanda.

“Decir que con la exhibición del documento relacionado con el recurso interpuesto por la parte convocante contra el acto de la liquidación del contrato, implica que el Tribunal se pronunciara sobre la legalidad del mencionado acto, es una afirmación que carece de lógica y de fundamento jurídico(...)” Folio 100 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³⁰² Respecto de la competencia de los Tribunales de Arbitramento para liquidar los contratos administrativos, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en la consulta 1417 del 25 de abril de 2002 (CP: Susana Montes de Echeverri) señaló lo siguiente:

“En ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, pueden válidamente, cuando no han logrado un acuerdo sobre la liquidación de un contrato estatal, con invocación de la facultad legal otorgada por la ley 80 de 1.993, artículos 68 y 70, convenir que un tercero realice tal liquidación. En efecto, en el primero de los artículos citados, la ley dispuso:

*‘Las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto y los contratistas **buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.***

‘Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción’. (las negrillas no son del texto de la ley),

“Y el artículo 70 agregó:

*‘En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o **liquidación**’. (las negrillas no son del texto de la ley)*

“Como antes se enunció, es propósito de la ley que se busque la solución de común acuerdo alrededor de los conflictos o diferencias que puedan surgir de la ejecución del contrato, incluyendo su liquidación.

Así por ejemplo, en la contestación de la demanda arbitral el Departamento del Valle del Cauca señaló lo siguiente:

[Haciendo referencia al Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento] *“Así se entienda que se trata de un nuevo pacto o que se trata de (una) ampliación de la cláusula compromisoria con una facultad no atribuida inicialmente, dicha estipulación está viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, porque conlleva la renuncia de una potestad legal otorgada al Departamento del Valle, en aras del interés público y por lo tanto no tiene carácter **transigible**.*

(...)

*“Con relación a la **Pretensión Cuarta Principal**, me opongo por falta de competencia del Tribunal para elaborar la liquidación del contrato estatal de obra pública No GM-95-04-017. Para hacerla tendrían que asumir potestades que competen al DEPARTAMENTO DEL VALLE las cuales son irrenunciables, intransferibles e intransigibles, por ser de orden público (...)*”³⁰³. (negritas y mayúsculas del texto original)

Sin embargo, en ese momento el propio Departamento admitió que las controversias que surgieran a raíz del acto administrativo de liquidación unilateral podrían ser objeto del proceso arbitral. Dijo el Departamento, en el recurso de reposición que interpuso contra la admisión de la demanda arbitral, y cuando aún no había expedido el acto de liquidación unilateral:

“20. En mérito de lo expuesto, nos encontraríamos frente a un ACTO ILEGAL, de acudirse al tribunal de arbitramento sin haberse intentado previamente la LIQUIDACIÓN DE MUTUO ACUERDO, y/o, habiéndose intentado y fracasado, sin haberle dado la oportunidad a la Administración de LIQUIDARLO UNILATERALMENTE; en cuyo caso, de presentarse conflicto o discrepancia sobre el contenido de ese acto

“Por ello, resulta acorde con el espíritu de la ley que, en orden a solucionar sus diferencias en una manera directa, las partes utilicen los mecanismos de solución alternativa de conflictos y, como en el caso narrado por el Señor Ministro de Gobierno en su consulta, acuerden llevar a un Tribunal de Arbitramento sus diferencias específicas”. (Folio 125 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980.611).

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 (CP: María Elena Giraldo Gómez) expuso lo siguiente:

“La Sala se remite a los antecedentes (fácticos y normativos) de la causal anterior para destacar que si bien en la cláusula compromisoria (en forma tácita) y en el acuerdo de convocatoria (en forma expresa) se incluyó dentro de los temas a ser sometidos a la decisión de árbitros, el de la liquidación del contrato, ello de acuerdo al marco normativo de competencia establecido a la justicia arbitral, no genera la ilegalidad de la cláusula o del acuerdo de convocatoria, dado que se trata de un asunto susceptible de ser definido por el juez ordinario o de excepción”. (Folios 243 y 244 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611).

³⁰³ Folios 80, 81 y 90 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611.

sí procedería la convocatoria del tribunal de arbitramento”³⁰⁴.
(negrillas del texto original)

De la revisión de las actuaciones de los apoderados del Departamento del Valle del Cauca durante el trámite arbitral, se concluye que emplearon los mecanismos procesales disponibles en ese proceso y pusieron en conocimiento del Tribunal de Arbitramento, los antecedentes de la vía de hecho por defecto orgánico que hoy alegan mediante la acción de tutela que se revisa.

Tal actuar, junto con la interposición del recurso de anulación contra el laudo, argumentando los supuestos vicios de competencia de los que acusan los accionantes al Tribunal de Arbitramento, hacen que se tenga por cumplido el requisito de subsidiariedad, para la procedencia de la acción de tutela.

A continuación se expondrán los argumentos presentados por el Departamento del Valle del Cauca para sustentar el referido recurso extraordinario de anulación interpuesto y las consideraciones efectuadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado al respecto.

d) La vía de hecho por defecto orgánico de la que se acusa al laudo arbitral de la referencia, fue alegada por el Departamento del Valle del Cauca mediante la interposición del recurso de anulación, invocando la causal contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

Con posterioridad a la expedición del laudo arbitral de la referencia, el Departamento del Valle del Cauca interpuso recurso de anulación contra éste.

La Corte Constitucional constata que dentro de las causales de anulación que invocó el Departamento del Valle del Cauca³⁰⁵, incluyó aquella contemplada en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (que fue compilada en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998), la cual, se refiere a “*haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o a haberse concedido más de lo pedido*”.

De igual manera, al revisar el contenido del memorial de sustentación del recurso de anulación, específicamente en lo atinente a la referida causal de anulación, esta Corporación comprueba que el Departamento del Valle del Cauca esgrimió básicamente los mismos argumentos que, posteriormente planteó mediante la acción de tutela de la referencia, contra el laudo arbitral.

³⁰⁴ Folio 148 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980.611.

³⁰⁵ El Departamento del Valle del Cauca alegó las siguientes cuatro causales de anulación: (i) “*el haberse fallado en conciencia, cuando el laudo debió haberse pronunciado estrictamente en derecho*”, (ii) “*contener la parte resolutoria del laudo errores y disposiciones contradictorias*”, (iii) “*haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo que puede ser válidamente pedido*” y (iv) “*la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita*” (Folios 192 al 204 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

A continuación se describen en primer lugar, los argumentos presentados por el Departamento del Valle del Cauca en la sustentación del recurso de anulación, referentes a la ocurrencia de la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

En segundo lugar, se reseña la descripción de tales argumentos, efectuada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, mediante la cual decidió que no prosperaba ninguna de las causales de anulación presentadas por el Departamento del Valle del Cauca y declaró infundado el recurso de anulación interpuesto. Esta descripción tiene por objeto determinar si la Sección Tercera del Consejo de Estado identificó el defecto orgánico alegado. Luego se mirará cómo abordó y resolvió el punto.

Iniciando con la revisión de la sustentación del recurso de anulación, se observa que el Departamento del Valle del Cauca, al alegar la causal de anulación del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, la formuló en los siguientes términos: *“haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo que puede ser válidamente pedido”*.³⁰⁶

Para sustentar la procedencia de esta causal de anulación, el Departamento del Valle del Cauca citó un extracto de una sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Rad 20.356, 4 de abril de 2002, CP: María Elena Giraldo Gómez), en el que esa Corporación se pronunció acerca del alcance de la causal de anulación de la referencia.³⁰⁷

Posteriormente, el Departamento del Valle del Cauca continuó con la sustentación de la procedencia de la referida causal de anulación, afirmando lo siguiente:

³⁰⁶ Folio 202 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

La redacción textual de la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 es la siguiente: *“haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*.

³⁰⁷ El siguiente es un aparte del extracto citado de la sentencia 20.356 del 4 de abril de 2002 de la Sección Tercera:

“a. Las imputaciones hechas por la Fábrica de Licores del Tolima contra el laudo por conceptos de dicha causal son las relativas a que los árbitros se pronunciaron sobre puntos que no estaban sujetos a su decisión como son, de una parte, la inaplicación por invalidez de una cláusula y, de otra, el análisis sobre un acto administrativo, como fue el contenido en la manifestación de la citada Fábrica de suspender el contrato.

*“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:*

*“=> **Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:***

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y*
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).*

*“=> **Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita)”**. (negritas y subrayado del texto original). Folios 202 y 203 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.*

“Como hemos visto, en el caso en análisis los árbitros admitieron su competencia y produjeron un laudo, no obstante constituir pretensión axial de la demanda arbitral la liquidación de un contrato estatal. La capacidad de los árbitros es limitada, y por fuera de ella se encuentra cualquier pronunciamiento que implique emitir un juicio sobre la legalidad de actos administrativos. Hacerlo significa que los árbitros produjeron un laudo sobre puntos no sujetos a su decisión y pronunciarse sobre actos preparatorios de la liquidación de un contrato estatal implica que los árbitros concedieron más de lo que les puede ser válidamente pedido”³⁰⁸.

Al comparar los argumentos presentados por el Departamento del Valle del Cauca para sustentar la procedencia de la causal de anulación contemplada en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, con las razones que alegaron los accionantes en la demanda de tutela para demostrar la ocurrencia de vía de hecho por defecto orgánico de la que acusan al Tribunal de Arbitramento, se evidencia que éstas coinciden. Tanto en sede del recurso de anulación como en sede de tutela, el Departamento del Valle del Cauca alegó que el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, y que con tal actuación excedió los límites de su competencia al desconocer la validez y firmeza de dicho acto.

De igual manera, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, concluyó que las alegaciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca para sustentar la procedencia de la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, versaban sobre la incompetencia de los árbitros³⁰⁹ para decidir lo pedido por CISA, porque ello implicaría que *“se pronunciaron indirectamente sobre decisión unilateral de la Administración”*³¹⁰.

³⁰⁸ Folio 203 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

³⁰⁹ Al respecto, señaló lo siguiente la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004: *“Como puede apreciarse, los reproches formulados se encuentran ligados a la competencia de los árbitros. Los hechos aducidos como reproche aluden a la competencia de la justicia arbitral la cual está delimitada por la ley, concretada dentro de esos parámetros por el convenio de las partes (o en el contrato o en el compromiso) sobre controversias que por su naturaleza son transigibles y materializada en la demanda, mediante la formulación de pretensiones”*. (Folio 265 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 61 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado).

³¹⁰ La Sección Tercera fijó la siguiente estructura para el análisis de los argumentos presentados por el Departamento del Valle del Cauca frente a la procedencia de la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993: *“El Consejo de Estado para determinar si la ley en lo general, las partes en la cláusula compromisoria o el actor en su demanda de convocatoria al Tribunal, delimitaron la competencia de la justicia arbitral en los términos atrás indicados, hará alusión: en primer lugar a las controversias susceptibles de ser sometidas a la justicia arbitral, y las que escapan de su competencia por orden legal y constitucional; en segundo lugar, a las competencias expresamente deferidas por las partes, de acuerdo con la cláusula compromisoria y la demanda arbitral; en tercer lugar a la naturaleza y contenido de las decisiones emitidas por el Tribunal y si esos pronunciamientos alteraron, según afirma el*

Se concluye entonces que los accionantes cumplieron con el requisito de procedencia de la acción de tutela, relativo a haber empleado, previamente a la interposición de la acción de tutela, los mecanismos judiciales disponibles para alegar la vía de hecho invocada.

Teniendo en cuenta que se ha constatado que la acción de tutela de la referencia cumple también con los requisitos de procedencia relativos a (i) alegar contra el laudo y la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación una irregularidad de tal magnitud que encuadraría dentro de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado vía de hecho por defecto orgánico, (ii) que ésta además resultaría de una vulneración directa del derecho fundamental al debido proceso, consistente en que los árbitros habrían obrado manifiestamente por fuera de su ámbito de competencia al desconocer una limitación constitucional –como la prohibición de pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos contractuales-, (iii) que fue planteada por el Departamento del Valle del Cauca durante el trámite arbitral y en el recurso de anulación, y (iv) que fue interpuesta poco tiempo después de haberse proferido la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación³¹¹, cumpliendo con ello con el requisito de inmediatez, la Corte Constitucional concluye que la acción de tutela de la referencia es procedente.

Por tal razón, la Corte procederá a continuación a determinar si, efectivamente, se presentó una vía de hecho por defecto orgánico que generó una vulneración del derecho fundamental al debido proceso del Departamento del Valle del Cauca.

6.2. El Tribunal de Arbitramento convocado para resolver controversias económicas existentes entre CISA y el Departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato GM-95-04-017, no incurrió en la vía de hecho por defecto orgánico de la que se le acusa, dado que no desconoció en el laudo la validez y firmeza del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato ni se pronunció sobre su legalidad.

Los accionantes acusan al laudo arbitral y a la sentencia que resolvió el recurso de anulación de haber incurrido en una vía de hecho por defecto orgánico, consistente en haber vulnerado de manera directa el derecho fundamental al debido proceso al haber desconocido la prohibición constitucional de pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo contractual en firme, a saber, el acto de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017, proferido por la Gobernación del Departamento del Valle del

recurrente, “el contenido o alcances del acto de liquidación unilateral de contrato” y por tanto se pronunciaron indirectamente sobre decisión unilateral de la Administración” (negrilla del texto original).

Folios 265 y 266 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde a los folios 61 y 62 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³¹¹ La sentencia que declaró infundado el recurso extraordinario de anulación fue proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 11 de marzo de 2004. Los tutelantes interpusieron la acción de tutela el 21 de mayo de 2004.

Cauca el 17 de septiembre de 2001 (Resolución 095 de 2001) y confirmado el 25 de junio de 2002 (Resolución 209 de 2002).

Para el análisis de esta alegación, la Corte Constitucional estudiará cuál era la competencia del Tribunal de Arbitramento convocado, cómo fue ésta definida por el propio Tribunal en la primera audiencia de trámite, en aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*, y qué señaló al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia mediante la cual resolvió el recurso de anulación interpuesto contra el laudo de la referencia. Este análisis no busca definir en sede de tutela la competencia del Tribunal (dimensión positiva de la competencia), sino verificar si éste actuó manifiestamente por fuera de su ámbito de competencia según lo señalado en el apartado 4.4.4.2. de esta providencia (dimensión negativa de la competencia) y, por lo tanto, incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, como lo alegan los tutelantes.

En segundo lugar, la Corte analizará las decisiones adoptadas en el laudo, proferido por el Tribunal de Arbitramento, y estudiará si en estas decisiones el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre el acto administrativo de liquidación del contrato. De igual manera, se hará mención a las consideraciones que al respecto efectuó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia mediante la cual resolvió el recurso de anulación interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca contra el laudo acusado.

6.2.1. El principio *kompetenz-kompetenz* y su importancia al definir la competencia del Tribunal de Arbitramento convocado para resolver controversias económicas existentes entre CISA y el Departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato GM-95-04-017.

Tal como se mencionó en apartes anteriores de esta sentencia, la competencia de los tribunales de arbitramento es limitada y está definida de manera general, por la Constitución y las leyes vigentes, y de manera específica, y como consecuencia del principio de voluntariedad³¹² que rige al arbitraje y que es reconocido por la Constitución, por la cláusula compromisoria suscrita por las partes y por el compromiso arbitral, si lo hubo.

Al inicio del proceso arbitral, en la primera audiencia de trámite, y siguiendo el principio de “*kompetenz-kompetenz*”, el Tribunal de Arbitramento decide acerca de su “propia competencia” y determina si de acuerdo con la Constitución, las leyes vigentes, la cláusula compromisoria y/o el compromiso arbitral suscrito por las partes, es competente para conocer de las pretensiones que le fueron formuladas en la demanda arbitral y precisa el contenido de las

³¹² El proceso arbitral está cimentado en la voluntad de las partes. Son éstas las que deciden si las controversias que se susciten entre ellos van a ser resueltas o no por un tribunal de arbitramento; de igual manera son las partes las que definen específicamente cuáles controversias serán resueltas por el tribunal y qué fundamentos (en derecho o en equidad) se tendrán en cuenta en la decisión. Son las partes, por su propia voluntad, las que *habilitan* a los árbitros para conocer de sus controversias.

mismas. Contra la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento es procedente el recurso de reposición, el cual es decidido previamente a continuar con el trámite arbitral³¹³.

A continuación, se hará referencia al principio “*kompetenz-kompetenz*”, y se determinará en el caso específico cuál fue la competencia confiada a este Tribunal y en qué términos definió éste su “propia competencia”.

a) El principio kompetenz-kompetenz.

El principio *kompetenz-kompetenz*, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado³¹⁴, las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento³¹⁵, las reglas de los principales centros de arbitraje internacional³¹⁶, las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales³¹⁷ y la doctrina especializada en la materia³¹⁸, así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales³¹⁹. En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.

³¹³ Al respecto, el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998 establece lo siguiente:

“La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

“1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.

“2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición.

“3. El Tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

“4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.

“5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

“Parágrafo. Si el Tribunal decide que no es competente, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral . (Artículo 124 Ley 446 de 1998)”.

³¹⁴ Art. 1466, Código de Procedimiento Civil de Francia; Art. 186.1, Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, 1987; Art. 8-1 del Concordato Suizo; Art. 1697 del Código Judicial de Bélgica, 1972; Art. 1052(1) del Código de Procedimiento Civil de Países Bajos, 1986; Art. 23(3) de la Ley 36 de 1988 de España; Art. 21(1) de la Ley 31/86 de Portugal, sobre arbitraje voluntario; Sección 30 de la Ley de Arbitraje de Inglaterra, 1996; Art. 1040 del ZPO Alemán, 1997.

³¹⁵ Ver el art. V-3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional; el art. 41 de la Convención de Washington que creó el CIADI; y la Ley Modelo de UNCITRAL, Art. 16-3.

³¹⁶ Art. 15.1 de las Reglas de la American Arbitration Association; Art. 8.3. de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional; Art. 14.1 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).

³¹⁷ Art. 21.1 de las Reglas de UNCITRAL

³¹⁸ Ver a este respecto: Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): Fouchard Gaillard Goldman “On International Commercial Arbitration”. Kluwer Law International, 1999. También se puede consultar: Bühring-Uhle, Christian: “Arbitration and Mediation in International Business”. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44; Caivano, Roque: “Arbitraje”, Villela Editor, Buenos Aires, 2000; Várady, Tibor, Barceló, John y von Mehren, Arthur: “International Commercial Arbitration”. American Casebook Series – West Group, St. Paul, 1999, p. 111.

³¹⁹ Ver el caso Nottebohm (1953) y el caso relativo al Laudo Arbitral adoptado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (1960), ambos de la Corte Internacional de Justicia.

Este principio cuenta con un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el numeral 2 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 124 de la Ley 446 de 1998, dispone que en la primera audiencia de trámite, “*el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición*”. Si los árbitros se declaran incompetentes, el efecto previsto en la ley es que “*se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral*” (artículo 124 de la Ley 446 de 1998). Esta competencia básica no implica, por supuesto, que los árbitros sean los únicos jueces con potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Las decisiones del tribunal arbitral sobre su propia competencia también pueden ser objeto de recursos judiciales como el de anulación, con base en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (el cual fue compilado en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998) y en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998). Sin embargo, el principio *kompetenz-kompetenz* les confiere a los árbitros un margen interpretativo autónomo para definir el alcance de su propia competencia, y se deriva de la proposición según la cual no ha de descartarse *prima facie* que las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con los conflictos que se someten a su conocimiento; el principio *kompetenz-kompetenz* permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes.

b) El Tribunal de Arbitramento convocado por CISA definió que su competencia versaba sobre la resolución de controversias económicas existentes entre esta sociedad y el Departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato administrativo GM-95-04-017.

El Tribunal de Arbitramento convocado por CISA concluyó que su competencia versaba sobre la resolución de controversias económicas existentes entre esta entidad y el Departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato GM-95-04-017.

A esta conclusión llegó al constatar cuáles fueron las controversias específicas, para las cuales las partes del contrato GM-95-04-017 lo habilitaron para conocer y resolver, las que se encuentran definidas en la cláusula compromisoria pactada por las partes en el mismo contrato (parágrafo de la cláusula trigésimo octava del contrato) y en el Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, suscrita por el Departamento del Valle del Cauca y CISA el 22 de diciembre de 2000.

A continuación, la Corte Constitucional cita textualmente los textos que suscribieron las partes del contrato GM-95-04-017, en cada uno de los documentos antes señalados, donde consta su voluntad en torno a las

controversias respecto de las cuales habilitaron a los árbitros para conocer y resolver.

En la cláusula trigésima octava del contrato GM-95-04-0017, CISA y el Departamento del Valle del Cauca pactaron lo siguiente:

“SUJECCIÓN A LA LEY COLOMBIANA Y RENUNCIA A RECLAMACIÓN DIPLOMÁTICA: “En lo relativo a las diferencias que surjan en cuanto a las obligaciones y derechos originados en el presente contrato, el CONCESIONARIO de manera expresa manifiesta que las mismas serán del conocimiento y juzgamiento exclusivo de los jueces colombianos y renuncia a presentar reclamación diplomática, salvo el caso de denegación de justicia”³²⁰.

En el párrafo de la referida cláusula trigésima octava del contrato, las partes acordaron lo siguiente:

“CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a árbitros colombianos. Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho”³²¹.

Con posterioridad a haber pactado el Acuerdo de Terminación Anticipada del Contrato GM-95-04-017 (firmado el 21 de diciembre de 1999), las partes suscribieron el 22 de diciembre de 2000 el Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento. En éste acordaron lo siguiente:

“PRIMERO: CONVOCATORIA A TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: Las partes contratantes en virtud de lo expresado en el Contrato de Concesión en su cláusula Trigésimo Octava párrafo único, en el documento de fecha 6 de junio de 2000 y de fecha 21 de octubre³²²

³²⁰ Folio 42 del cuaderno de anexos número 6 del expediente T-980611, que corresponde al folio 30 del contrato GM-95-04-017.

³²¹ Folio 42 del cuaderno de anexos número 6 del expediente T-980611, que corresponde al folio 30 del contrato GM-95-04-017.

³²² En el numeral primero del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento las partes hacen referencia al párrafo único de la cláusula trigésimo octava del contrato de concesión (en el que se pactó la cláusula compromisoria del contrato), y a dos documentos, uno firmado el 6 de junio de 2000 y otro firmado el 21 de octubre del mismo año. Al respecto se debe señalar que en los considerandos 3 y 4 del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento se mencionan estos dos documentos y se afirma que mediante el primero, las partes fijaron un nuevo plazo para realizar la liquidación del contrato por mutuo acuerdo. Adicionalmente, según lo señalado en el considerando 4 del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, en el acuerdo del 16 de junio de 2000 se pactó lo siguiente: “Que en el evento de que las partes no logren el mutuo acuerdo para la liquidación del contrato, ambas se comprometen a que la

resuelven convocar a un Tribunal de Arbitramento con el fin de que se efectúe la liquidación del Contrato de Concesión GM-95-04-017.

“Es entendido por las partes que la liquidación del contrato de concesión constituirá una de las pretensiones sometidas a la decisión del Tribunal que se integre en desarrollo de lo aquí dispuesto”³²³.

En el numeral segundo del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento, y siguiendo lo establecido en el párrafo de la cláusula trigésimo octava del contrato GM-95-04-017, las partes pactaron cuál sería el número de árbitros que conformarían el tribunal, su nacionalidad, las reglas que se seguirían para su escogencia, el lugar donde se convocaría al tribunal de arbitramento, la duración del mismo, la forma en la que las partes asumirían los costos derivados de la convocatoria del tribunal y de su desarrollo, el fundamento que tendrían en cuenta los árbitros para adoptar el laudo y las normas que regirán al Tribunal de Arbitramento en lo no regulado por la citada Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento³²⁴.

liquidación del contrato se realizará mediante convocatoria de un tribunal de arbitramento en la forma y términos previstos en el contrato”.

El segundo documento mencionado en el numeral primero del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento es uno fechado el 21 de octubre, mediante el cual, según lo establecido en el considerando 4 de la referida Acta de Acuerdo de Convocatoria, las partes prorrogaron nuevamente el plazo para liquidar el contrato y establecieron que *“todos los puntos contemplados en el documento de fecha 16 de junio quedan vigentes y entre otros el siguiente: ‘Que en el evento de que las partes no logren el mutuo acuerdo para la liquidación del contrato, ambas se comprometen a que la liquidación del contrato se realizará mediante convocatoria de un tribunal de arbitramento en la forma y términos previstos en el contrato’”.*

Folios 72 y 73 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

³²³ Folios 73 y 74 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

³²⁴ En el numeral segundo del Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento las partes pactaron lo siguiente: *“REGLAS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: Que de acuerdo a lo expresado en la Cláusula Trigésimo Octava párrafo único el tribunal presentará las siguientes reglas:*

“1. Las diferencias emanadas del Contrato de Concesión, serán resueltas por árbitros colombianos.

“2. Su fallo será siempre en Derecho.

“De igual manera y de mutuo acuerdo las partes convienen:

“3. La solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento se presentará ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, rigiéndose por el Reglamento Interno que dicho organismo posee.

“4. Los árbitros serán tres (3).

“5. Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la admisión de la demanda por parte de la Cámara de Comercio de Cali, cada una de las partes presentará una lista con tres (3) árbitros por ellas designados, eligiéndose de la lista propuesta por la contraparte uno de los árbitros, siendo seleccionado el tercer árbitro por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. de su lista de árbitros, comprometiéndose cada una de ellas a su aceptación. PARAGRAFO: En el evento de que en las listas de árbitros presentadas inicialmente por las partes, existiere uno o varios nombramientos en común, automáticamente uno de ellos será designado como tercer árbitro y se procederá a la elección de los otros dos (2) árbitros por cada una de las partes de la lista restante propuesta por la contraparte, comprometiéndose cada una de ellas a su aceptación.

“6. La duración del proceso arbitral será de seis (6) meses contados desde la primer audiencia de trámite, plazo que podrá ser prorrogado por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo, sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que de común acuerdo las partes propongan en el proceso.

“7. Los costes derivados de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento así como los que se deriven de su desarrollo hasta el laudo arbitral final serán costeados a partes iguales entre la Gobernación del Valle del Cauca y el Concesionario, comprometiéndose ambas partes a proveer los fondos requeridos por el tribunal en forma, cantidad y plazo.

“8. En lo no regulado en este documento, el Tribunal de Arbitramento se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia”. Folios 74 y 75 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

El 27 de abril de 2001 CISA presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali la demanda arbitral³²⁵.

Las pretensiones presentadas por CISA en la demanda se pueden resumir en los siguientes términos: (i) que se declarara la ocurrencia de hechos imprevistos, que no le eran imputables, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión GM-95-04-0017³²⁶, o subsidiariamente, que se declarara el incumplimiento del contrato por parte del Departamento del Valle del Cauca³²⁷; (ii) que se condenara al Departamento del Valle del Cauca al pago de la totalidad de la inversión realizada por CISA, junto con la rentabilidad esperada sobre la misma, teniendo en cuenta para ello la oferta presentada, la ejecución del contrato y sus modificaciones, y de igual forma, se condenara al Departamento del Valle del Cauca al pago de los sobrecostos y perjuicios de todo orden que el referido rompimiento del equilibrio contractual (o subsidiariamente, incumplimiento contractual del Departamento del Valle del Cauca) le hubieren ocasionado a CISA³²⁸; (iii) que se condenara al Departamento del Valle del Cauca al pago de los intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas liquidadas actualizadas que resulten a su cargo (bien por el reconocimiento del rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión o por el reconocimiento del incumplimiento del contrato por

³²⁵ Folios 1 al 129 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³²⁶ “*PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL.-Que se declare en relación con el Contrato de Concesión No. GM 95 - 04 - 0017 celebrado el 4 de octubre de 1995 por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA con la sociedad CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S. A. CISA, la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas no imputables al Contratista, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión No. GM 95 -04-0017 en contra del concesionario*”. Folio 9 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³²⁷ “*PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL.-Que se declare el incumplimiento por parte del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA del Contrato de Concesión No. GM 95-04-0017 celebrado entre este Departamento y la sociedad CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S. A. CISA el día 4 de octubre de 1995, y cuyo objeto, de conformidad su cláusula primera, consistió en la realización por el concesionario de: ‘1. La realización de los estudios, diseños definitivos, rehabilitación y construcción de conformidad con el anexo No. 1 adjunto al presente contrato y que forma parte integrante del mismo. 2. Operación, conservación y mantenimiento del proyecto por el tiempo que dure la concesión. Las actividades incluidas para cumplir el objeto del contrato son: el diseño para la construcción, la financiación, la construcción, el suministro, la instalación, el montaje y la prueba de equipos, la puesta en funcionamiento y la operación del proyecto, las cuales deben hacerse en un todo de acuerdo con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en este documento, en la propuesta del concesionario de fecha 19 de abril de 1995 y 11 de mayo de 1995, aceptada por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, a través de la GERENCIA PARA MACROPROYECTOS en el Preacuerdo de Adjudicación de fecha 11 de mayo de 1995 y en el Anexo Técnico No. 1 adjunto en lo no modificado por los documentos anteriores*”. Folio 9 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³²⁸ “*PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL.- Que como consecuencia de la declaración anterior se condene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA al restablecimiento de los derechos del concesionario, sociedad CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S. A. -CISA, a través del reconocimiento y pago de la totalidad de la inversión realizada por el contratista junto con la rentabilidad esperada sobre la misma, según la oferta presentada por éste y la ejecución del contrato de concesión No. GM 95-04-0017 y sus modificaciones, así como de los sobrecostos y perjuicios de todo orden que a ésta le fueron causados, bien sea en razón del incumplimiento contractual por parte del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato, y a la imposibilidad de su ejecución integral, todo de conformidad con los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993, según resulten probados en este proceso*”. Folio 10 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

parte del Departamento del Valle del Cauca)³²⁹ (frente a esta pretensión, CISA presentó tres pretensiones subsidiarias)³³⁰; (iv) que se liquidara el contrato de concesión GM-95-04-0017³³¹; (v) que se ordenara al Departamento del Valle del Cauca dar cumplimiento al laudo arbitral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117 del Código Contencioso Administrativo³³² y (vi) que se condenara al Departamento del Valle del Cauca al pago de las costas del juicio y a las agencias en derecho³³³.

³²⁹ “PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL.- Que se condene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo ya sea por su incumplimiento contractual o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato en contra de la sociedad CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S. A.- CISA (Artículo 884, Código de Comercio)”. Folio 10 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³³⁰ CISA presentó tres pretensiones subsidiarias, una referente al reconocimiento de intereses comerciales desde la fecha de causación de la obligación de repago de la inversión realizada y de causación de los sobrecostos y perjuicios hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso; otra referente al reconocimiento de la actualización monetaria de las sumas reconocidas a su favor en el laudo arbitral, desde la fecha de causación de la obligación de repago de la inversión realizada y de causación de los sobrecostos y perjuicios hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso y que adicionalmente se ordenara pagar intereses legales doblados sobre el monto de los perjuicios (ya actualizado) y para el mismo periodo de tiempo; y la última, referente al reconocimiento de la actualización monetaria de las sumas reconocidas a su favor en el laudo arbitral, desde la fecha de causación de la obligación de repago de la inversión realizada y de causación de los sobrecostos y perjuicios hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso y que adicionalmente se ordenara pagar intereses legales sobre el monto de los perjuicios (ya actualizado) y para el mismo periodo de tiempo. A continuación se cita el texto de las referidas pretensiones subsidiarias:

“PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL.-En subsidio de la pretensión tercera principal, solicito que se condene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA al pago de las sumas que resulten a su cargo junto con los correspondientes intereses comerciales desde la época de la causación de la obligación de repago de la inversión realizada por el contratista concesionario, y de la causación de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en los que éste incurrió, hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio”.

“PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL.-En subsidio de la pretensión tercera principal y de la primera subsidiaria a la pretensión tercera principal, solicito que se condene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de la obligación de repago de la inversión realizada por el contratista concesionario, y de la causación de los perjuicios y sobrecostos en que éste incurrió, hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1993, art. 4, num. 8)”.

“PRETENSIÓN TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL.-En subsidio de la pretensión tercera principal y de las anteriores pretensiones subsidiarias a la pretensión tercera principal, solicito que se condene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de la obligación de repago de la inversión realizada por el contratista concesionario, y de la causación de los perjuicios y sobrecostos en que éste incurrió, hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1993, art. 4, num. 8)”. Folios 10 y 11 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³³¹ “PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL.- Que se liquide el contrato estatal de concesión No. GM 95-04-0017 celebrado el 4 de octubre de 1995 por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA con la sociedad CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A.-CISA”. Folio 11 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³³² “PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL.-Que se ordene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo”. Folio 11 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³³³ “PRETENSIÓN SEXTA PRINCIPAL. Que se condene al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho”. Folio 11 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

En la primera audiencia de trámite, realizada el 15 de marzo de 2002, el Tribunal de Arbitramento decidió que era competente para conocer de las pretensiones formuladas por CISA en la demanda arbitral³³⁴ y definió su competencia en los siguientes términos:

“Examinadas en conjunto los anteriores convenios sobre la Cláusula Compromisoria, resulta evidente que el Tribunal de Arbitramento es competente para conocer no sólo de la liquidación del Contrato de Concesión sino de las demás diferencias “que se susciten en relación con el contrato”.

“Obsérvese que en el punto primero del Acuerdo se dijo que la liquidación constituiría una de las pretensiones que se sometería a la decisión del Tribunal de Arbitramento, lo cual significa que la liquidación no es el único tema de la controversia y que las demás pretensiones derivadas de diferencias con relación al Contrato de Concesión también son del conocimiento y de la competencia del Tribunal. Además, la Cláusula Compromisoria del Contrato de Concesión así como los puntos primero y segundo del Acuerdo de 22 de Diciembre de 2000 son convenios que habilitan a los árbitros para conocer de las diferencias que surjan del Contrato de Concesión, entre las cuales se encuentra incluida la liquidación del mismo.

³³⁴ El objeto de la primera audiencia de trámite (realizada el 15 de marzo de 2002) incluyó entre otros asuntos, la definición de la competencia del Tribunal de Arbitramento. Para tal efecto, en primer lugar, el presidente del Tribunal le solicitó a la Secretaria que diera lectura a la cláusula compromisoria, contenida en el parágrafo único de la cláusula trigésima octava del contrato y al Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento (folio 3 del Acta No 2 del Tribunal). Posteriormente el Tribunal hizo una serie de consideraciones respecto de: (i) “*las controversias sometidas al Tribunal de Arbitramento*” (folios 3 al 5 del Acta No 2 del Tribunal), (ii) la “*competencia del Tribunal*” (folios 5 al 9 del Acta No 2 del Tribunal), (iii) la “*capacidad para ser parte*” (folio 9 del Acta No 2 del Tribunal), (iv) la “*capacidad procesal*” (folio 10 del Acta No 2 del Tribunal), (v) la “*demanda*” (folio 10 del Acta No 2 del Tribunal), (vi) el “*trámite prearbitral*” (folio 10 del Acta No 2 del Tribunal) y (vii) las “*consignaciones*” (folio 10 del Acta No 2 del Tribunal). Una vez efectuadas tales consideraciones el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho la demanda presentada por CISA ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali (folio 11 del Acta No 2 del Tribunal).

Respecto del primer punto planteado en las consideraciones (“*las controversias sometidas al Tribunal de Arbitramento*”) el Tribunal hizo un resumen de las pretensiones planteadas por CISA en la demanda.

Respecto del segundo punto (“*competencia del Tribunal*”) el Tribunal señaló que la cláusula compromisoria y el Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento “*se ajustan a los requisitos consagrados por el artículo 70 de la Ley 80 de 1993*” y que en la primera, las partes “*manifestaron su decisión espontánea, expresa y clara que ‘las diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a árbitros colombianos. Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho’ y en la segunda ‘esta decisión se reiteró y ratificó por ambas partes, de manera prístina, reflexiva y expresa*” (folio 5 del Acta No 2 del Tribunal). Adicionalmente señaló lo siguiente respecto de las pretensiones planteadas por CISA: “*analizadas las pretensiones incoadas (...) el Tribunal encuentra que ellas se comprenden en las diferencias enunciadas en la cláusula compromisoria del Contrato de Concesión GM 95-04-017 y en el Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento (...)*” (folio 7 del Acta No 2 del Tribunal). Posteriormente afirmó que la cláusula trigésima octava del contrato y el Acta de Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento debían considerarse en su conjunto como un solo pacto arbitral, y expuso las razones que justifican tal conclusión (folio 7 del Acta No 2 del Tribunal). Folios 9 al 17 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 3 al 11 del Acta No 2 del Tribunal de Arbitramento.

“Las controversias contractuales planteadas en la demanda, apuntan a que se declare que circunstancias imprevistas no imputables al contratista dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato y por ende se restablezcan los derechos del concesionario, junto con el pago de los intereses moratorios, e intereses comerciales por los sobrecostos y perjuicios, así como la liquidación del contrato; materias todas de naturaleza patrimonial, económica y contenido concreto susceptibles de disposición y transacción por los sujetos contractuales.

“Las controversias planteadas en la demanda son susceptibles de transacción, en consideración a que la ley no ha prohibido la transacción ni el arbitramento para ponerle fin a una diferencia que surja entre las partes con respecto a un contrato estatal.

(...)

“Fundamentado el Tribunal en las anteriores consideraciones RESUELVE: Declarar que el Tribunal de Arbitramento es competente para conocer y decidir en derecho, mediante el presente proceso arbitral, la demanda presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el 27 de abril de 2001, reformada mediante escrito presentado ante el mismo Centro el 18 de mayo de 2001, por CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.A. – CISA contra el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA”³³⁵.

Contra esta decisión, el Departamento del Valle del Cauca interpuso recurso de reposición³³⁶, y presentó los siguientes argumentos:

1) El Tribunal de Arbitramento carece de competencia para liquidar el contrato GM-95-04-017 porque en éste se estableció que su liquidación sería realizada de acuerdo con las normas de la Ley 80, *“excluyéndola expresamente de someterla a la cláusula compromisoria, por cuanto la liquidación final de los contratos del Estado es una potestad que la Ley le otorga a las entidades públicas para que pongan fin a una relación contractual y se sepa exactamente cuál es el valor y las obligaciones a cargo de las partes mediante este acto”³³⁷.*

2) La potestad del Estado para liquidar un contrato administrativo no es un tema sujeto a transacción³³⁸.

³³⁵ Folios 14, 15 y 17 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 8, 9 y 11 del Acta No 2 del Tribunal de Arbitramento. El Tribunal de Arbitramento adoptó la decisión sobre su propia competencia mediante el Auto No 2 del 15 de marzo de 2002. Este fue publicado en el Acta No 2.

³³⁶ Folios 28 al 30 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³³⁷ Folio 28 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³³⁸ Folio 28 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

3) Existe una relación inescindible entre la pretensión relativa a la liquidación del contrato y las demás pretensiones presentadas por CISA. Por tal razón, la incompetencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre la primera pretensión mencionada, lo imposibilita para conocer del resto de las pretensiones.

Este argumento fue presentado por el Departamento del Valle del Cauca en los siguientes términos: *“No es posible tampoco aceptar que los jueces, así sea la justicia arbitral puedan escindir el conocimiento de las pretensiones y de las excepciones, el Departamento del Valle desde que contestó la demanda se ha opuesto a que la liquidación final del contrato sea conocida por un Tribunal de Arbitramento, sea elaborada o corregida, por tal razón, no podría tampoco el Tribunal pronunciarse de las demás pretensiones dejando a un lado la liquidación final del contrato (...)”*³³⁹.

El Tribunal de Arbitramento estudió el mencionado recurso y ese mismo día (15 de marzo de 2002) confirmó la decisión de declararse competente para conocer y decidir acerca de las pretensiones presentadas por CISA en la demanda arbitral³⁴⁰.

Frente a las alegaciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca en el recurso de reposición, el Tribunal de Arbitramento señaló lo siguiente:

“En el análisis de la competencia para conocer de la controversia relacionada con la liquidación de un contrato, el Tribunal debe limitarse a establecer si de acuerdo con la ley y con el pacto arbitral puede conocer y decidir de esa controversia. Este análisis no puede involucrar un pronunciamiento sobre la liquidación misma, es decir, si la liquidación la va a efectuar el Tribunal en desarrollo de la pretensión ejercida en la demanda, pues estas son cuestiones de fondo que se deciden en el Laudo.

“El Tribunal se ha declarado competente porque el artículo 70 de la ley 80 de 1993 autoriza expresamente que, mediante la cláusula compromisoria, se someta a la decisión de árbitros las diferencias que puedan surgir por razón de la liquidación de un contrato. Con este fundamento legal, las partes, tanto en la cláusula compromisoria como en el acuerdo para convocatoria a un Tribunal, habilitan a los árbitros para conocer entre otras pretensiones de la liquidación del contrato celebrado entre el Departamento del Valle y Concesiones de

³³⁹ Folio 29 del cuaderno de anexos número 10 del expediente T-980611.

³⁴⁰ Folios 17 al 19 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 11 al 13 del Acta No 2 del Tribunal de Arbitramento. El Tribunal de Arbitramento adoptó la decisión sobre el recurso de reposición interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca contra el Auto No 2 del 15 de marzo de 2002 (en el que el Tribunal decidió sobre su propia competencia) mediante el Auto No 3 del 15 de marzo de 2002. Este fue publicado en el Acta No 2.

Infraestructuras S.A.-CISA. Lo anterior significa que el Tribunal no puede entrar a considerar el argumento presentado por la apoderada de la parte convocada sobre la facultad que tenga el Departamento del Valle para liquidar el contrato o si éste está ya liquidado en virtud de un acto unilateral de la misma entidad.

*“Con relación al argumento de que en el contrato de concesión se ha convenido la liquidación unilateral por parte del Departamento del Valle del Cauca y los plazos y términos en que debe hacerse la liquidación, basta considerar que las mismas partes en el acuerdo de convocatoria a Tribunal de Arbitramento pactaron que se someterían a Tribunal de Arbitramento las diferencias relacionadas con la liquidación del contrato, diferencias que como se dijo antes pueden someterse a arbitramento según lo dispuesto en el artículo 70 de la ley 80 de 1993”.*³⁴¹

En la contestación de la demanda, el Departamento del Valle del Cauca alegó varias excepciones, dentro de las que incluyó una relativa a la falta de jurisdicción y de competencia del Tribunal de Arbitramento³⁴².

En el laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento declaró no probadas cada una de las excepciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca. Respecto de la excepción relativa a la falta de jurisdicción y competencia señaló lo siguiente en el laudo:

“En conclusión, la Cláusula Compromisoria del Contrato de Concesión, así como los puntos primero y segundo del acuerdo del 22 de diciembre de 2000 son convenios que habilitan a los árbitros para conocer de las diferencias que surjan del Contrato de Concesión, entre las cuales se encuentra incluida la liquidación del mismo.

“Finalmente las controversias planteadas en la demanda, apuntan a que se declare que circunstancias imprevistas no imputables al contratista

³⁴¹ Folios 17 y 18 del cuaderno de anexos número 15 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 11 y 12 del Acta No 2 del Tribunal de Arbitramento.

³⁴² En el laudo, el Tribunal de Arbitramento resume la excepción presentada por el Departamento del Valle del Cauca, referente a la falta de jurisdicción y de competencia, en los siguientes términos:

“Alega la parte convocada que en la Cláusula Compromisoria no se facultó a los árbitros para efectuar la liquidación final del contrato; que según la cláusula trigésimo segunda del contrato de concesión se estableció que la liquidación se efectuaría en los términos de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, lo cual fue ratificado en el Acuerdo de Terminación del Contrato; que el Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento bien se le considere como un nuevo pacto arbitral o como una ampliación de la cláusula compromisoria, la estipulación que le confirió al Tribunal de Arbitramento la facultad de liquidar el contrato de concesión ‘está viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, porque conlleva la renuncia de una potestad legal otorgada al Departamento del Valle, en aras del interés público y que por lo tanto no tiene el carácter de transigible’. Cita jurisprudencias y conceptos de comentaristas del derecho que ella considera apropiados para fundamentar sus argumentos. Y para concluir que el Tribunal de Arbitramento deberá declararse incompetente para conocer de la demanda por cuanto la jurisdicción arbitral no tiene dentro de sus facultades judiciales la potestad de liquidar el contrato”. Folio 142 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 21 del laudo arbitral.

dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato y por ende se restablezcan los derechos del concesionario, junto con los sobrecostos y perjuicios, con el pago de los intereses moratorios, o intereses comerciales por los sobrecostos y perjuicios, así como la liquidación del contrato; materias todas de naturaleza patrimonial, económica y contenido concreto susceptibles de disposición y transacción por los sujetos contractuales”³⁴³.

La Sección Tercera del Consejo de Estado al estudiar la causal de anulación contenida en el numeral 2 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993³⁴⁴, alegada por el Departamento del Valle del Cauca contra el laudo arbitral de la referencia³⁴⁵, revisó cuál fue el análisis efectuado y las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento frente a cada una de las excepciones presentadas por la parte convocada y si en éstos el Tribunal de Arbitramento se había apartado del derecho vigente.

El Consejo de Estado resumió en los siguientes términos el análisis efectuado por el Tribunal de Arbitramento frente a la excepción relativa a la falta de jurisdicción y competencia del mismo:

“EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES EL TRIBUNAL REALIZÓ EL SIGUIENTE ANÁLISIS

“Para resolver la excepción de falta de jurisdicción consultó, las normas constitucionales (art. 116 C. N.) legales (arts. 60, 61 ley 80 de 193 y 44 ley 446 de 1998) y contractuales (cláusula compromisoria y acuerdo de convocatoria del Tribunal de Arbitramento) y concluyó que los asuntos sometidos a conocimiento de los árbitros (liquidación y hechos imprevistos de alteración de las condiciones económicas del contrato) son materias de carácter patrimonial susceptibles de disposición y que la competencia para liquidar un contrato, deriva del artículo 44 de la ley 446 de 1998 que señala que en los casos en los que la Administración no efectuar la liquidación del contrato, el interesado

³⁴³ Folio 143 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 22 del laudo arbitral.

³⁴⁴ Ley 80 de 1993, artículo 72, numeral 2: “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

³⁴⁵ En el recurso extraordinario de anulación, el Departamento del Valle del Cauca alegó que el Tribunal de Arbitramento, al decidir las excepciones de mérito y las objeciones contra los dictámenes periciales, se apartó a tal punto de las normas que regulan la liquidación de los contratos estatales, que no se puede afirmar que el laudo haya sido proferido en derecho. Los accionantes citan al respecto la sentencia 6695 del 3 de abril de 1992 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se señala lo siguiente: “sólo cuando el fallo que se dicte en derecho deje de lado en forma ostensible el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia”. (Folios 194 al 199 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

podrá acudir a la jurisdicción para obtener ésta en sede judicial (fols 21 y 22 c.14) ”³⁴⁶. (negrillas y subrayado del texto original)

Respecto del análisis y las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento, frente a cada una de las excepciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca (incluida la de falta de jurisdicción y competencia), la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que tales decisiones “*se encuentran edificadas sobre claras estructuras jurídicas*”³⁴⁷.

Por tal razón, en concepto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando el Tribunal de Arbitramento denegó cada una de las excepciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca (incluida la de falta de jurisdicción y competencia), no se apartó del derecho vigente.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“ (...) Y es que las decisiones adoptadas frente a las excepciones propuestas por el Departamento del Valle del Cauca, a las pretensiones formuladas por Concesiones de Infraestructura S. A. CISA y finalmente frente a las objeciones efectuadas por la primera entidad a los peritazgos financiero y de ingeniería civil, se encuentran edificadas sobre claras estructuras jurídicas, en las que se tuvieron en cuenta: =>el derecho positivo vigente, =>la ley de las partes plasmada en (en) el contrato de concesión celebrado No. GM 95-04-0017 del 4 de octubre de 1995, sus modificaciones, el convenio de terminación del contrato y => el acervo probatorio del proceso ”³⁴⁸.

Por otro lado, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al estudiar la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993³⁴⁹, que alegó el Departamento del Valle del Cauca contra el laudo arbitral de la referencia³⁵⁰, revisó cuál fue la competencia del Tribunal de Arbitramento.

³⁴⁶ Folios 248 y 249 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 44 y 45 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁴⁷ Folio 258 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 54 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁴⁸ Folio 258 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 54 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁴⁹ Ley 80 de 1993, artículo 72, numeral 4: “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”.

³⁵⁰ Respecto de la ocurrencia de la referida causal de anulación, el Departamento del Valle del Cauca alegó lo siguiente: “*(...) en el caso en análisis los árbitros admitieron su competencia y produjeron un laudo, no obstante constituir pretensión axial de la demanda arbitral la liquidación de un contrato estatal. La capacidad de los árbitros es limitada y por fuera de ella se encuentra cualquier pronunciamiento que implique emitir un juicio sobre la legalidad de actos administrativos. Hacerlo significa que los árbitros produjeron un laudo sobre puntos no sujetos a su decisión y pronunciarse sobre actos preparatorios de la liquidación de un contrato estatal implica que los árbitros concedieron más de lo que puede ser válidamente pedido*”. (Folio 203 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

Al respecto, señaló lo siguiente:

“Partiendo de la competencia establecida a los árbitros por la Constitución Política, el contrato (cláusula compromisoria), el acuerdo de convocatoria del Tribunal y la demanda arbitral, la Sala observa, en primer lugar, que el Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre puntos no sujetos a su decisión porque se encontraba habilitado para conocer de las reclamaciones de desequilibrio o rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión, para ordenar el correspondiente restablecimiento y aún para liquidar el contrato de concesión y, en segundo término, que el acto administrativo de liquidación unilateral dictado por el Departamento del Valle del Cauca después de haberle sido notificado la admisión de la demanda de convocatoria, no limitó ni enervó la competencia deferida a los árbitros

³⁵¹

De igual manera, al analizar la causal de anulación (objeto o causa ilícita del pacto arbitral) contenida en el numeral 1 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998³⁵², alegada por el Departamento del Valle del Cauca contra el laudo arbitral³⁵³, la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió, entre otros aspectos, si en la cláusula compromisoria, las partes habían pactado o no que la liquidación del contrato fuera confiada a los árbitros. Al respecto, la Sección Tercera señaló lo siguiente:

“La Sala se remite a los antecedentes (fácticos y normativos) de la causal anterior para destacar que si bien en la cláusula compromisoria (en forma tácita) y en el acuerdo de convocatoria (en forma expresa) se incluyó dentro de los temas a ser sometidos a la decisión de árbitros, el de la liquidación del contrato, ello de acuerdo al marco normativo de competencia establecido a la justicia arbitral, no genera la ilegalidad de la cláusula o del acuerdo de convocatoria, dado que se trata de un

³⁵¹ Folios 275 y 276 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 71 y 72 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁵² Decreto 1818 de 1998, artículo 163, numeral 1: “La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo”.

³⁵³ Respecto de la ocurrencia de la referida causal de anulación, el Departamento del Valle del Cauca alegó lo siguiente: “Un pacto arbitral, llámese cláusula compromisoria o compromiso, en el cual se faculte a los árbitros para decidir sobre la liquidación de un contrato estatal, tiene objeto ilícito, y como tal, se impone la declaratoria de su nulidad (...) El DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA siempre ha hecho hincapié en que es facultad suya exclusiva e indelegable, decidir unilateralmente sobre la liquidación del contrato. De igual manera ha objetado sin excepciones la pretendida habilitación de los árbitros para decidir sobre actos administrativos incluidos los relacionados con la liquidación del contrato”. (Folio 204 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

asunto susceptible de ser definido por el juez ordinario o de excepción”³⁵⁴.

De la revisión de las fuentes de la competencia del Tribunal de Arbitramento y de la forma como ésta fue definida por el propio Tribunal, la Corte Constitucional constata (i) que la competencia del Tribunal de Arbitramento convocado versaba sobre controversias económicas, suscitadas entre las partes del contrato GM-95-04-017, con ocasión del mismo, (ii) que CISA no formuló ninguna pretensión en la demanda arbitral referente al juzgamiento de la validez de un acto administrativo; las pretensiones planteadas por CISA en la demanda versaban esencialmente sobre controversias económicas existentes entre las partes del referido contrato de concesión y con ocasión del mismo (algunas de las pretensiones se referían a declarar la ocurrencia o no de unos hechos y otras consistían en cuantificar el monto de algunas deudas, pendientes de pago, existentes entre el Departamento del Valle del Cauca y esta sociedad), (iii) que el Tribunal de Arbitramento no se declaró competente para pronunciarse sobre un acto administrativo de manera directa ni en forma indirecta como consecuencia de las controversias económicas sometidas a su conocimiento y (iv) que el Tribunal de Arbitramento interpretó las pretensiones de la demanda como cuestiones exclusivamente económicas que no implican efectuar un análisis de la legalidad de ningún acto administrativo.

Se debe señalar, como se anotó, que respecto de esta conclusión referente a la competencia del Tribunal de Arbitramento convocado, coincidió también la Sección Tercera del Consejo de Estado, al analizar las causales de anulación presentadas por el Departamento del Valle del Cauca contra el laudo.

Habiendo precisado cuál fue la competencia confiada al Tribunal de Arbitramento y la manera como ésta fue definida por el propio Tribunal, prosigue la Corte Constitucional con el análisis de la vía de hecho por defecto orgánico alegada por los accionantes contra el laudo arbitral.

Teniendo en cuenta que los accionantes acusan al Tribunal de Arbitramento de haberse pronunciado sobre el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017, esta Corporación continúa el análisis de la vía de hecho alegada por los accionantes, mediante la constatación de cuáles fueron las decisiones adoptadas por tal Tribunal de Arbitramento en el laudo que se acusa para verificar si dentro de éstas se incluyó alguna consistente en un pronunciamiento sobre el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato o un desconocimiento de su validez y firmeza.

6.2.2. En el laudo el Tribunal de Arbitramento no juzgó la validez del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017. Atendiendo a su competencia y a las pretensiones que fueron formuladas

³⁵⁴ Folios 243 y 244 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde a los folios 39 y 40 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

en la demanda arbitral, el Tribunal de Arbitramento resolvió controversias económicas existentes entre esta sociedad y el Departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato GM-95-04-017 y negó la pretensión relativa liquidar tal contrato, dado que constató la existencia de las resoluciones 095 del 17 de septiembre de 2001 y 209 de 2002, mediante las cuales el Departamento del Valle del Cauca liquidó unilateralmente el contrato GM-95-04-017.

Los accionantes acusan al Tribunal de Arbitramento de haberse pronunciado en el laudo arbitral sobre el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 (Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, confirmada por la Resolución 209 del 25 de junio de 2002), desconociendo su validez y firmeza. Este pronunciamiento sería una vía de hecho por defecto orgánico consistente en haber ejercido una atribución que, a juicio de los tutelantes, está manifiestamente fuera del ámbito de competencia del Tribunal de Arbitramento.

Para el análisis la vía de hecho por defecto orgánico alegada, es indispensable revisar, en primera medida, la parte resolutive del referido laudo arbitral. Para tal efecto, se cita a continuación *in extenso* la parte resolutive del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento demandado mediante la acción de tutela de la referencia:

“ IX. PARTE RESOLUTIVA.

“En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

“RESUELVE:

“Primera. Declarar no probadas las excepciones propuestas por el Departamento del Valle del Cauca en la contestación de la demanda.

“Segunda. Declarar no probadas las objeciones formuladas por el Departamento del Valle del Cauca contra el dictamen de los peritos financieros y el dictamen de los peritos ingenieros civiles.

“Tercera. Declarar que por circunstancias imprevistas se produjo el desequilibrio o rompimiento de la ecuación económica del Contrato de Concesión No. GM95- 04 - 0017 celebrado el 4 de octubre de 1995 entre el Departamento del Valle del Cauca y Concesiones de Infraestructuras S. A.

“Cuarta. Como consecuencia de lo anterior y con relación a la pretensión segunda principal el Tribunal resuelve: (A) Condenar al

Departamento del Valle del Cauca a pagar a Concesiones de Infraestructuras S. A. CISA., la suma de QUINCE MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$15.214.319.228) por concepto de la inversión o capital no recuperado por Concesiones de Infraestructuras S. A., Cisa, y sin actualización monetaria de esta suma, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este laudo. (B) Denegar el reconocimiento y pago de los sobrecostos y perjuicios solicitados en la demanda como desequilibrio económico del contrato, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

“Quinta. Con relación a la pretensión tercera principal y sus pretensiones subsidiarias el Tribunal resuelve: Condenar al Departamento del Valle del Cauca a pagar a Concesiones de Infraestructuras S. A., Cisa, la suma de CINCO MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$5.528.983.646) por concepto de intereses a la tasa del 10.96% anual liquidados sobre la suma de QUINCE MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES TRESCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$15.214.319.228), en el periodo comprendido entre el primero de enero de 2000 y el 24 de abril de 2003. La suma sobre la cual se liquidan los intereses no es objeto de actualización monetaria por las consideraciones expuestas por el Tribunal.

“Sexta. Denegar la pretensión cuarta principal.

“Séptima. No hay condena en costas.

“Octava. Ordenar al Departamento del Valle del Cauca el reembolso a la sociedad Concesiones de Infraestructuras S. A., Cisa, de la suma de trescientos ochenta y tres millones treinta y siete mil quinientos treinta y nueve pesos (\$383.037.539), por concepto de la parte que por honorarios y gastos del Tribunal le correspondía pagar al Departamento. Esta suma se reembolsará a Concesiones de Infraestructuras S. A., Cisa, con sus intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, desde el primero de marzo de 2002 hasta la fecha en que se haga el pago, de conformidad con el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998.

“Novena. En cumplimiento del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, envíese inmediatamente copia auténtica de este laudo al Sr. Procurador General de la Nación representado por el Procurador Judicial II, Procuraduría 20 en lo Judicial de la ciudad de Cali.

“Décima. Ordenar a la Secretaría la expedición y entrega de copias auténticas de este laudo a las partes convocante y convocada, y a la Cámara de Comercio Centro de Conciliación y Arbitraje de Cali.

“Décima Primera. El Presidente del Tribunal protocolizará el expediente en una Notaría de la Ciudad de Cali”³⁵⁵

De la lectura de la parte resolutive del laudo acusado se puede concluir que ésta versó sobre los siguientes temas: (i) las excepciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca en la contestación de la demanda (ordinal primero de la parte resolutive del laudo), (ii) las objeciones presentadas por este departamento contra el dictamen de los peritos financieros y contra el dictamen de los peritos ingenieros civiles (ordinal segundo de la parte resolutive del laudo), (iii) la comprobación de si ocurrieron circunstancias imprevistas que produjeron el desequilibrio o rompimiento de la ecuación económica del contrato GM-95-04-017 y si éstas ocasionaron controversias de tipo patrimonial entre las partes del contrato GM-95-04-017, que debían ser saldadas, tal como fue planteado por CISA en la demanda arbitral (ordinal tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive del laudo), (iv) la decisión de conceder o negar la pretensión relativa a liquidar el contrato GM-95-04-017 (ordinal sexto de la parte resolutive del laudo), (v) la condena en costas (ordinal séptimo de la parte resolutive del laudo), (vi) la decisión sobre si el Departamento del Valle del Cauca debía reembolsarle a CISA, la mitad del valor pagado por esta sociedad, por concepto de gastos del Tribunal de Arbitramento y de honorarios de los árbitros, dado que CISA había asumido la totalidad de tales costos (ordinal octavo de la parte resolutive del laudo), (vii) el cumplimiento de lo establecido en el inciso primero del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, respecto del envío inmediato del laudo, a quien sea competente para ejercer las funciones del Ministerio Público ante la entidad territorial, dado que ésta fue condenada en el laudo (ordinal noveno de la parte resolutive del laudo), y (viii) lo referente a la protocolización del laudo y a la expedición y entrega de copias auténticas del mismo a las partes convocante y convocada y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali (ordinal décimo y undécimo de la parte resolutive del laudo).

La Corte Constitucional constata que en la parte resolutive del laudo arbitral acusado (i) el referido Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre ningún acto administrativo ni juzgó la validez del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 (Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, confirmada por la Resolución 209 del 25 de junio de 2002)³⁵⁶, (ii)

³⁵⁵ Folios 189 al 191 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 68 al 70 del laudo arbitral.

³⁵⁶ Al respecto, se debe señalar que en la parte resolutive del laudo arbitral acusado, el Tribunal de Arbitramento demandado ni siquiera hizo mención a este acto administrativo.

negó la pretensión relativa a liquidar el contrato³⁵⁷, dado que constató la existencia del referido acto administrativo de liquidación unilateral del mismo y (iii) después de resolver las excepciones presentadas en la contestación de la demanda³⁵⁸, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre controversias exclusivamente económicas existentes entre CISA y este departamento, con ocasión del contrato GM-95-04-017³⁵⁹.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al estudiar la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993³⁶⁰, alegada por el Departamento del Valle del Cauca contra el laudo arbitral de la referencia³⁶¹, revisó las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento en la parte resolutive del laudo, y las resumió en los siguientes términos:

“El laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento, el día 24 de abril de 2003, se pronunció sobre las pretensiones de demanda y de la siguiente manera:

“Declaró que por circunstancias imprevistas se produjo el desequilibrio o rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión y, en consecuencia, condenó al Departamento del Valle del Cauca a pagar a la sociedad “CISA” la suma de (\$15.214’319.228) por concepto de la inversión o capital no recuperado, sin actualización monetaria; igualmente lo condenó al pago de intereses en el periodo comprendido

³⁵⁷ Ordinal sexto de la parte resolutive del laudo.

³⁵⁸ Ordinal primero de la parte resolutive del laudo.

³⁵⁹ En la parte resolutive del laudo, el Tribunal de Arbitramento se pronunció acerca de: (i) las excepciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca en la contestación de la demanda (ordinal primero de la parte resolutive del laudo), (ii) las objeciones presentadas por este Departamento contra el dictamen de los peritos financieros y contra el dictamen de los peritos ingenieros civiles (ordinal segundo de la parte resolutive del laudo), (iii) la comprobación de si ocurrieron circunstancias imprevistas que produjeron el desequilibrio o rompimiento de la ecuación económica del contrato GM-95-04-017 y si éstas ocasionaron controversias de tipo patrimonial entre las partes del contrato GM-95-04-017, que debían ser saldadas, tal como fue planteado por CISA en la demanda arbitral (ordinal tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive del laudo), (iv) la decisión de conceder o negar la pretensión relativa a liquidar el contrato GM-95-04-017 (ordinal sexto de la parte resolutive del laudo), (v) la condena en costas (ordinal séptimo de la parte resolutive del laudo), (vi) la decisión sobre si el Departamento del Valle del Cauca debía reembolsarle a CISA, la mitad del valor pagado por esta sociedad, por concepto de gastos del Tribunal de Arbitramento y de honorarios de los árbitros, dado que CISA había asumido la totalidad de tales costos (ordinal octavo de la parte resolutive del laudo), (vii) el cumplimiento de lo establecido en el inciso primero del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, respecto del envío inmediato del laudo, a quien sea competente para ejercer las funciones del Ministerio Público ante la entidad territorial, dado que ésta fue condenada en el laudo (ordinal noveno de la parte resolutive del laudo), y (viii) lo referente a la protocolización del laudo y a la expedición y entrega de copias auténticas del mismo a las partes convocante y convocada y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali (ordinal décimo y undécimo de la parte resolutive del laudo).

³⁶⁰ Ley 80 de 1993, artículo 72, numeral 4: “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”.

³⁶¹ Respecto de la ocurrencia de la referida causal de anulación, el Departamento del Valle del Cauca alegó lo siguiente: “(...) en el caso en análisis los árbitros admitieron su competencia y produjeron un laudo, no obstante constituir pretensión axial de la demanda arbitral la liquidación de un contrato estatal. La capacidad de los árbitros es limitada y por fuera de ella se encuentra cualquier pronunciamiento que implique emitir un juicio sobre la legalidad de actos administrativos. Hacerlo significa que los árbitros produjeron un laudo sobre puntos no sujetos a su decisión y pronunciarse sobre actos preparatorios de la liquidación de un contrato estatal implica que los árbitros concedieron más de lo que puede ser válidamente pedido”. (Folio 203 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

*entre el 1 de enero de 2000 y el 24 de abril de 2003; denegó el pago de los sobre costos y perjuicios solicitados en la demanda como desequilibrio económico del contrato y **por último denegó la pretensión de liquidación del contrato con fundamento en que existe prueba que el contrato se liquidó unilateralmente a través de acto administrativo, “() su existencia implica que el Tribunal no puede liquidarlo ()”**”.*³⁶²
(negrilla y subrayado del texto original).

En otros apartes de la referida sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, atinentes a que no prosperaba la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, esa Corporación volvió a hacer referencia al contenido de la parte resolutive del laudo arbitral y lo hizo en los siguientes términos:

*“Partiendo de la competencia establecida a los árbitros por la Constitución Política, el contrato (cláusula compromisoria), el acuerdo de convocatoria del Tribunal y la demanda arbitral, la Sala observa, en primer lugar, que el Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre puntos no sujetos a su decisión porque se encontraba habilitado para conocer de las reclamaciones de desequilibrio o rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión, para ordenar el correspondiente restablecimiento y aún para liquidar el contrato de concesión y, en segundo término, que el acto administrativo de liquidación unilateral dictado por el Departamento del Valle del Cauca después de haberle sido notificado la admisión de la demanda de convocatoria, no limitó ni enervó la competencia deferida a los árbitros”*³⁶³.

(...)

“Se desprende de lo anterior que los temas sobre los que recayó el laudo arbitral, situaciones de imprevisión generadoras de desequilibrio económico y el restablecimiento económico del contratista afectado con ellas, habían sido deferidos a los árbitros en forma expresa en la demanda de convocatoria presentada por Concesiones de Infraestructura S. A. “CISA” , en armonía con la cláusula compromisoria y el acuerdo de convocatoria a Tribunal de Arbitramento, que habilitaban a dicha justicia para conocer las diferencias que se suscitaran con ocasión del contrato de consultoría GM-95-04-017 de 1995, para que efectuara su liquidación, precisando

³⁶² Folio 275 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 71 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁶³ Folios 275 al 276 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde a los folios 71 y 72 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

que ésta sería una de las pretensiones sometidas a la decisión del Tribunal que fuera a integrarse”³⁶⁴.

Como se puede apreciar, la Sección Tercera del Consejo de Estado verificó que en la parte resolutive del laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento no juzgó el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 ni desconoció su validez ni su firmeza.

Otro aspecto que revisará con detenimiento la Corte Constitucional, en aras de establecer si el Tribunal incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, son las decisiones adoptadas en el laudo arbitral, respecto de la pretensión cuarta principal de la demanda arbitral presentada por CISA, referente a que el Tribunal de Arbitramento convocado liquidara el contrato GM-95-04-017.

La importancia del estudio de la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento convocado, respecto de esta pretensión, reside en que ésta estaba relacionada con el asunto al que se refieren las resoluciones 095 del 17 de septiembre de 2001 y 209 del 25 de junio de 2002 (mediante las cuales la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca liquidó unilateralmente el contrato GM-95-04-017) y frente a las cuales, los accionantes acusan al Tribunal de Arbitramento de haberse pronunciado en el laudo, desconociendo la validez y firmeza de las mismas.

Sobre este asunto, cabe señalar como primera medida, que en el ordinal sexto de la parte resolutive del laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento denegó la referida pretensión y no hizo ningún otro pronunciamiento al respecto ni en ese ordinal³⁶⁵ ni en ningún otro de la parte resolutive.

En la parte motiva del laudo, el Tribunal de Arbitramento convocado sostuvo lo siguiente, acerca de la pretensión referente a liquidar el contrato GM-95-04-017:

“Como pretensión Cuarta Principal, la Parte Convocante solicitó la liquidación del contrato de concesión.

“A este respecto el Tribunal recuerda que el tema de la liquidación de los Contratos Estatales está reglamentado en los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993, según los cuales “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo

³⁶⁴ Folio 280 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 76 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁶⁵ En el ordinal sexto de la parte resolutive del laudo, el Tribunal del Arbitramento señaló lo siguiente: *“SEXTA. Denegar la pretensión Cuarta principal”*. Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral.

por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”.

“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar”.

“En el acta de liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

“De otro lado el artículo 61 señala “Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

“En el presente caso el Departamento del Valle, liquidó unilateralmente el Contrato GM-95-04-017 de 1995, mediante acto administrativo motivado, que fue recurrido oportunamente por la Parte Convocante, el cual surtido el trámite respectivo fue confirmado por el Departamento.

“Si bien la Parte Convocante aduce que el Departamento carecía de competencia para practicar la Liquidación, por haberse presentado la demanda o solicitud de convocatoria y estar trabada la litis con anterioridad a la expedición del acto, no es menos cierto que la Parte Convocada allegó copia de dicho acto administrativo al proceso, e igualmente la misma Parte Convocante exigió en la diligencia de Inspección Judicial que ese documento se exhibiera y agregara al expediente, lo que en efecto sucedió, pudiendo el Tribunal enterarse de la situación administrativa existente.

“Como existe la prueba de que el contrato se liquidó unilateralmente, a través de un acto administrativo, su existencia implica que el Tribunal no puede liquidarlo, situación distinta sería que el contrato no se hubiera liquidado unilateralmente porque en ese caso tendría aplicación el artículo 44, literal d) de la ley 446 de 1998 que señala que el Juez puede liquidar un contrato estatal, en este caso debe entenderse que el árbitro es un Juez facultado legal y constitucionalmente en forma temporal para administrar justicia”.

“Como se adujo en el tema relativo a la Competencia de este Tribunal, los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, regulan los alcances de la Cláusula Compromisoria en los contratos estatales para someter a decisión arbitral las diferencias surgidas por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación de los contratos, sin embargo, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado en el sentido de excluir de la competencia de los Tribunales de Arbitramento asuntos tales como:

- Las materias no susceptibles de transacción.*
- Los asuntos relacionados con la Cláusulas excepcionales sobre Interpretación, Modificación, Terminación unilaterales del contrato, así como la del (sic) Caducidad del Contrato y sus efectos; La Reversión; Multas por Decisión Unilateral de la Administración y en general todo acto que proviene de la ley más que del contrato mismo.*
- La suspensión provisional de actos administrativos.*

“Sin perjuicio de las consideraciones hechas en este Laudo relativas al tema de la competencia arbitral, el Tribunal recalca que el hecho de asumir Competencia, faculta al Tribunal de arbitramento para estudiar las pretensiones de la demanda, y no necesariamente para despacharlas favorablemente. En este caso el Tribunal asumió competencia para estudiar la viabilidad de declarar la pretensión de liquidación del contrato, pero no para liquidar necesaria y obligatoriamente, pues si las pruebas recaudadas lo llevan a una convicción diferente está en su deber de no acceder a la petición impetrada de liquidación”.

“Todos aquellos asuntos relativos a la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para confrontar y decidir, sobre la legalidad de actos administrativos relacionados con los contratos estatales, incluso los que se producen en los contratos estatales con la calidad subsidiaria de una solución principal que no se pudo obtener de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 61 de la ley 80 de 1993, no son susceptibles de pronunciamiento alguno por parte de la Justicia Arbitral como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-1436 de 2000, el hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente de la cual dimana el poder para expedirlos, sino que esa fuente radica únicamente en la ley. Esta conclusión ha sido reiterada en sentencias de la Corte Constitucional C-371 de 1994; C-496 de 1994; C-065 de 1997 y C-44 de 1998.

“Para el Tribunal, cuando no puede hacerse la liquidación bilateral por las partes, ya sea porque el contratista no se presenta o ya sea porque no pudo llegarse a un acuerdo sobre el contenido de la misma se puede proceder a efectuar la liquidación unilateral y directa como medio

sustitutivo de aquella. Esa Liquidación Unilateral debe hacerse por acto administrativo motivado. Tal acto es susceptible del Recurso de Reposición y, desde luego sometido al control de legalidad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es la llamada a calificar si se sujeta al orden jurídico y si ha existido el respeto por las garantías y los derechos de los administrados”.

“Al respecto la Corte Constitucional dijo: “Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral. (Sentencia C-1436 de Octubre 25 de 2.000, Sala Plena, Corte Constitucional).

“Por todo lo manifestado el Tribunal dictará el laudo teniendo en cuenta estas conclusiones, denegando la pretensión de Liquidación del Contrato y así se pronunciará en la Parte resolutive correspondiente”³⁶⁶.

De la revisión de la parte motiva del laudo, en lo referente a la pretensión presentada por CISA de que el Tribunal de Arbitramento liquidara el contrato GM-95-04-017, la Corte Constitucional constata que (i) durante el trámite arbitral, el Tribunal de Arbitramento reconoció la existencia de las resoluciones 095 del 17 de septiembre de 2001 y 209 del 25 de junio de 2002, proferidas por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, con posterioridad a que le fuera notificada la referida demanda arbitral, (ii) que ante tales hechos, el Tribunal de Arbitramento denegó la pretensión presentada por CISA, relativa a que ese Tribunal liquidara el referido contrato, (iii) que el Tribunal fundamentó esta decisión adversa a la pretensión de la parte demandante en que los actos administrativos *“no son susceptibles de pronunciamiento alguno por parte de la Justicia Arbitral como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000”*³⁶⁷. Además, (iv) el Tribunal se limitó a resolver la controversia económica respecto de uno de los puntos objeto de desacuerdo al momento de la liquidación.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el laudo acusado, hizo un resumen de las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Arbitramento, y en lo referente a la pretensión relativa a que el Tribunal liquidara el contrato,

³⁶⁶ Folios 187 al 189 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde a los folios 66 al 68 del laudo arbitral.

³⁶⁷ Folio 188 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 67 del laudo arbitral.

la Sección Tercera resumió las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Arbitramento en los siguientes términos:

“Finalmente denegó la pretensión de liquidación del contrato, con fundamento en que existe prueba que el contrato se liquidó unilateralmente a través de un acto administrativo, “() su existencia implica que el Tribunal no puede liquidarlo ()”; que la situación hubiera sido distinta si el contrato no se hubiera liquidado, evento en el cual tendría aplicación el artículo 44 literal d) ley 446 de 1998 que señala que el juez puede liquidar un contrato estatal, en este caso el árbitro facultado legal y constitucionalmente para ello.

“Adujo que si bien la parte convocante arguye que el Departamento carecía de competencia para practicar la liquidación por haberse presentado la solicitud de convocatoria al Tribunal y trabado la litis con anterioridad a la expedición del acto, “() no es menos cierto que la parte convocada allegó copia de dicho acto administrativo al proceso, e igualmente la misma parte convocante exigió en la diligencia de inspección judicial que ese documento se exhibiera y agregara al expediente, lo que en efecto sucedió, pudiendo el Tribunal enterarse de la situación administrativa existente”. Y agregó que a la justicia arbitral no le es dable confrontar o decidir sobre la legalidad de los actos administrativos relacionados con los contratos estatales, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-1436 de 2000 (fols 1 a 70 c. 14)”³⁶⁸.

Por lo tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que el Tribunal de Arbitramento había obrado dentro de la órbita de su competencia. En dicho análisis la Sección Tercera recordó la sentencia C-1436 de 2000 proferida por la Corte Constitucional.

Antes de concluir, cabe analizar otros argumentos esgrimidos para sustentar que en este caso sí se presentó una vía de hecho por defecto orgánico.

Durante este proceso de tutela, los accionantes también alegaron: (i) la supuesta inoponibilidad de la admisión de la demanda arbitral, efectuada en este caso por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, por considerar que dicha decisión tiene carácter judicial y que el referido centro de arbitraje y conciliación carece de competencia judicial y (ii) la supuesta facultad de la Administración de sustraerse, de manera unilateral, de la jurisdicción de un tribunal de arbitramento convocado, y desconocer el acuerdo previo que existía de someter ciertas controversias al conocimiento de éste y (iii) a que supuestamente toda decisión de carácter

³⁶⁸ Folio 266 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 22 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

económico, relacionada con un contrato administrativo, y emitida por un tribunal de arbitramento con posterioridad a que la Administración haya proferido el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, implica desconocer la presunción de legalidad de la que éste goza, así como su firmeza.

A continuación, esta Corporación se referirá brevemente a tales argumentos.

a) Respecto del primer argumento se debe señalar que en la sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), la Corte Constitucional declaró inexecutable el parágrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998 y la expresión “*previo a la instalación del tribunal de arbitramento*” contenida en el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 y declaró executable el resto de ese artículo “*en el entendido que corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación*”, pero no le dio efectos retroactivos a tal declaratoria.

Esto significa que con anterioridad al 28 de noviembre de 2002, los centros de arbitraje sí tuvieron competencia para decidir acerca de la admisión de las demandas arbitrales que les fueron presentadas, tal como sucedió en el caso de la demanda arbitral presentada por CISA ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la cual fue admitida el 23 de mayo de 2001 y fue notificada al Departamento del Valle del Cauca el 24 de mayo de 2001.

Por tal razón, se concluye que para cuando el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali admitió y notificó la demanda arbitral presentada por CISA, esta entidad gozaba de plena competencia legal para realizar tales actuaciones.

b) Respecto del segundo argumento se debe señalar que de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución, se concluye que una vez los árbitros son investidos por las partes para ejercer la facultad de administrar justicia, éstas quedan sujetas a la jurisdicción de tal tribunal de arbitramento.

Esto implica, para el caso de la Administración -cuando ésta es parte de una controversia sujeta al conocimiento de un tribunal de arbitramento- que no puede sustraerse unilateralmente de su jurisdicción y desconocer el acuerdo previo existente entre las partes respecto de someter ciertas controversias al conocimiento del Tribunal.

Un asunto distinto, es que las partes por mutuo acuerdo, -y no la Administración de manera unilateral- decidan poner fin a la competencia que defirieron al Tribunal de Arbitramento³⁶⁹.

³⁶⁹ Dicho evento está previsto en el numeral 2 del artículo 167 del Decreto 1818 de 1998 como uno de los que genera que el Tribunal de Arbitramento cese en sus funciones.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado al estudiar la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, que alegó el Departamento del Valle del Cauca contra el laudo de la referencia, señaló lo siguiente respecto de la sujeción de este departamento a la competencia del Tribunal de Arbitramento convocado:

“Y LA SALA ADVIERTE que en momento en el cual se trabó la relación jurídica procesal en el juicio arbitral todos los conflictos y pretensiones quedaron monopolizados en su decisión al Tribunal de arbitramento, se tornaron en materia de decisión judicial y exclusiva. Y es que es sólo a partir de la notificación al demandado del auto admisorio de la solicitud de convocatoria, que la controversia adquiere un carácter vinculante para ambas partes y que se integra la denominada por la doctrina relación jurídica procesal”³⁷⁰.

De igual manera, frente al caso específico de la pretensión relativa a liquidar un contrato administrativo, el Consejo de Estado ha reiterado en su jurisprudencia que la Administración no puede sustraerse unilateralmente de la competencia confiada voluntariamente a un tribunal de arbitramento para definir controversias económicas atinentes a la liquidación del contrato, una vez ha sido notificada de la admisión de la demanda arbitral.³⁷¹

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando emitió su concepto respecto de los interrogantes que le fueron formulados por el Ministro del Interior, por petición del Gobernador del Valle del Cauca, respecto de la liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017, señaló lo siguiente:

“Una vez instaurada la demanda (ordinaria o arbitral) y dentro del trámite judicial respectivo, existe la posibilidad legal de que las partes lleguen a un acuerdo y desistan del pleito (Art. 342 C.P.C.), o de que se celebre una conciliación entre ellas [arts. 101 (derogado por el artículo 49 de la ley 640 de 2001) y 104 L. 446/98] ante el juez de conocimiento y de esta forma se de por terminado el proceso y, más aún, de que las partes celebren un contrato de transacción (art. 2496 C.C. y 340 C.P.C.) y de esta manera pongan fin a las diferencias que son motivo del juicio.

“Por ello, es claro que durante el trámite del proceso, si bien la administración en forma unilateral no puede proceder a la liquidación del contrato por cuanto la competencia fue trasladada por determinación legal en virtud de la demanda instaurada y admitida al juez de conocimiento, por el contrario sí resulta procedente la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades antes enunciadas”.

(Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta 1417, 25 de abril de 2002, CP: Susana Montes de Echeverri, peticionario: Ministro del Interior). Folio 129 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611.

³⁷⁰ Folio 276 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 72 y 73 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁷¹ Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente: *“(…) La Administración puede en el tiempo liquidar unilateralmente, aunque vencieron los plazos a que aludió la jurisprudencia para realizar la liquidación bilateral o unilateral, hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez se pronuncie sobre la liquidación del contrato; hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial (principio de publicidad), siempre y cuando dicha notificación se haga dentro del término de prescripción o caducidad, según el caso, como también se explicará enseguida”*(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2000, Radicación 12723, CP: María Elena Giraldo Gómez, actor: Sociedad Unisys de Colombia S.A).

En el mismo sentido, esa Corporación sostuvo lo siguiente: *“(…)En términos generales puede afirmarse que la competencia temporal de la Administración para liquidar el contrato estatal, antes de la reforma introducida por la ley 446 de 1998, como en este caso, nace cuando muere el término que tenían la Administración y el contratista para liquidarlo por mutuo acuerdo y muere por una de las siguientes dos*

circunstancias: cuando la Administración ha sido notificada de la demanda del contratista, por medio de la cual impugna la omisión estatal de liquidarlo unilateralmente y cuando el contratista no ha demandado la omisión administrativa de liquidar unilateralmente el contrato, al vencimiento de los dos años contados a partir del día siguiente en que la Administración no lo liquidó. De esa manera la Sala reitera su posición jurisprudencial, precisada en sentencia proferida el día 22 de junio de 2000". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, Radicación 17952, CP: María Elena Giraldo Gómez, actor: Departamento de Casanare).

En el caso específico que se revisa, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció respecto de la obligación de la Gobernación del Departamento Valle del Cauca de no sustraerse unilateralmente de la jurisdicción del Tribunal de Arbitramento convocado y no desconocer el acuerdo existente entre las partes respecto de someter las controversias derivadas del contrato GM-95-04-107 al conocimiento del Tribunal. Al respecto señaló lo siguiente en los considerandos del referido concepto: *"Finalmente, debe la Sala destacar, que la administración departamental había perdido la competencia para realizar la liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 de 1.995, pues la demanda presentada ante juez competente por el contratista había sido admitida desde el mes de abril de 2001 y, como lo tiene establecido tanto la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como la doctrina de la Sala de Consulta de la Corporación, ocurrido este evento la administración pierde la competencia para actuar en orden a liquidar unilateralmente el contrato. De esta forma, aparece con claridad que cuando se expidió el acto de liquidación unilateral por el Gobernador del Departamento había perdido competencia temporal para pronunciarse sobre el particular. Por lo cual se está en presencia de una de las causales de anulabilidad de los actos administrativos, tal como lo señala el artículo 84 del C.C.A".* De igual manera, en la parte final del concepto emitido, la Sala de Consulta y Servicio Civil respondió en los siguientes términos la pregunta que le fue formulada respecto de la liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017: *"1. No es procedente la liquidación del contrato en los términos expuestos en la consulta formulada a la Sala por el Señor Ministro de Gobierno, pues, de una parte, existía acuerdo expreso para solicitar al juez del contrato (Tribunal de Arbitramento) su liquidación y tal acuerdo es obligatorio para las partes que lo han suscrito y, de otra, desde varios meses antes de la expedición del acto administrativo unilateral de liquidación del contrato GM-95-04-017 de 1.995, la Gobernación del Valle del Cauca había perdido competencia temporal para expedirlo pues había sido notificado el auto de admisión de la demanda arbitral".* (las notas de pie de página del original fueron omitidas) (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta 1417, 25 de abril de 2002, CP: Susana Montes de Echeverri, peticionario: Ministro del Interior) (Folios 129, 133 y 134 del cuaderno principal número 4 del expediente T-980611).

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado al estudiar la causal de anulación contenida en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, que alegó el Departamento del Valle del Cauca contra el laudo de la referencia, señaló lo siguiente respecto de la imposibilidad de la Gobernación de este Departamento para sustraerse de manera unilateral de la competencia del Tribunal de Arbitramento convocado y para desconocer unilateralmente el acuerdo existente entre las partes en lo referente a someter la liquidación del contrato al conocimiento del Tribunal de Arbitramento convocado:

"Así lo reconoce la ley cuando, en materia de liquidación del contrato, se refiere primero a la competencia de las partes contratantes, segundo a la competencia unilateral de la administración, y tercero y en defecto de las dos anteriores, a la competencia del juez y a la imposibilidad de que coexistan éstas últimas, una vez el juez asume el conocimiento de la controversia liquidatoria, entre otras.

*"Se destaca el artículo 136 numeral 10 literal del Código Contencioso Administrativo cuando señala que en los contratos que requieren liquidación y esta no es efectuada por la Administración dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto al establecido por la ley, "() el interesado podrá acudir a la jurisdicción **para obtener la liquidación en sede judicial** a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar ()".*

"Así también lo ha reconocido la jurisprudencia desde hace décadas cuando al pronunciarse sobre la competencia de la Administración para liquidar en forma unilateral el contrato estatal, ha señalado que dicha facultad se extingue con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, ya que es a partir de este momento en que se integra la relación jurídico procesal entre las partes y se torna la controversia en judicial, con efectos vinculantes tanto para el juez como para las partes; a continuación se citan apartes de algunas de estas decisiones.

(...)

"Así, cuando el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre los temas indicados no desconoció el acto de liquidación unilateral del contrato, por la sencilla razón de que la competencia para liquidar el contrato fue suya a partir del momento en que la Administración contratante y contratista defirieron tal competencia a la justicia arbitral.

*"Se llega a la anterior conclusión al observar que para el momento en que se dio inicio a la función judicial de excepción con efectos vinculantes para las partes - **a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda de convocatoria al convocado** -, la Administración no se había pronunciado mediante decisión unilateral productora de efectos jurídicos, sobre la liquidación unilateral del referido contrato de concesión (art. 61 ley 80 de 1993)".* (negrillas del texto original) (Folios 277, 278 y 281 del cuaderno principal número

Se concluye entonces que a partir de que un juez o un árbitro asume legítimamente competencia para conocer de un asunto determinado, las partes involucradas quedan sujetas a su jurisdicción. Por tal razón, en el caso del arbitraje, el desconocimiento unilateral (es decir, no por mutuo acuerdo de las partes) de la competencia confiada voluntariamente a un Tribunal de Arbitramento, resulta violatorio de los artículos 112 de la Constitución Nacional, que establece el principio de separación de poderes, y del artículo 116, que define quiénes son competentes para ejercer, tanto de manera permanente como de manera transitoria, la función judicial.

c) Respecto del tercer argumento se debe señalar que CISA planteó la controversia económica que ponía en conocimiento del Tribunal de Arbitramento convocado, sin solicitar un juicio de validez sobre un acto unilateral de la administración.

De igual manera, el Tribunal de Arbitramento convocado, al resolver la referida controversia económica, no juzgó la validez de un acto administrativo³⁷². El Tribunal se limitó a constatar unos hechos y a cuantificar

1 del expediente T-980611, que corresponden a los folios 73, 74 y 77 de la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado).

³⁷² El Tribunal de Arbitramento convocado declaró en el laudo que ocurrieron circunstancias imprevistas que rompieron el equilibrio económico del contrato GM-95-04-017 (numeral tercero de la parte resolutive del laudo), y como consecuencia de ello, el Departamento del Valle del Cauca debía a CISA la suma de quince mil doscientos catorce millones trescientos diez y nueve mil doscientos veintiocho pesos (\$15.214'319.228 pesos), por concepto de inversión o capital no recuperado, a diciembre 31 de 1999 (numeral cuarto de la parte resolutive del laudo). (Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral).

Según lo señalado en el laudo, la suma de quince mil doscientos catorce millones trescientos diez y nueve mil doscientos veintiocho pesos (\$15.214'319.228 pesos) resultaba de descontar de la inversión o capital no recuperado por CISA, a diciembre 31 de 1999 (la cual ascendía a la suma de \$17.999'801.539 pesos), las sumas de dinero que para la fecha en la que fue proferido el laudo permanecían en los fideicomisos del proyecto y que ascendían a la suma de \$2.785'482.311 pesos. (Folio 175 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 54 del laudo arbitral).

De igual manera, el Tribunal de Arbitramento reconoció a CISA la suma de cinco mil quinientos veintiocho millones novecientos ochenta y tres mil seiscientos cuarenta y seis pesos (\$5.528'983.646 pesos) por concepto de intereses sobre el capital no recuperado, a la tasa establecida en el contrato, liquidados entre el 1° de enero de 2000 y el 24 de abril de 2003 (fecha en la que fue proferido el laudo arbitral) (numeral quinto de la parte resolutive del laudo). (Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral).

Respecto del valor tenido en cuenta por el Tribunal de Arbitramento como inversión o capital no recuperado por CISA, se debe señalar que éste provino del segundo dictamen financiero (el primero fue objetado por el Departamento del Valle del Cauca), y acogiendo, de los cuatro modelos financieros presentados en este dictamen (que ascendían respectivamente a las sumas de \$23.756'172.697 pesos, \$22.243'377.816 pesos, \$19.855'320.745 pesos y \$18.342'525.865 pesos; folio 171 del cuaderno principal número del expediente T-980.611), el modelo correspondiente al flujo de caja del proyecto ajustado, el cual ascendía a la suma de \$19.855'320.745 pesos y descontaba el valor del anticipo no amortizado (que ascendía a la suma de \$1.589'000.000 pesos) y efectuaba los cálculos desde el segundo semestre de 1995 hasta diciembre de 1999 (fecha en el que se terminó el contrato por mutuo acuerdo). Sobre este valor, el Tribunal de Arbitramento consideró necesario descontar (i) el valor de los bienes muebles adquiridos por el concesionario y que no eran objeto de reversión, y que ascendían a la suma de \$126'772.392 pesos (folio 174 del cuaderno principal número del expediente T-980.611) y (ii) el valor de una asesoría en el diseño del proyecto, que ascendían a la suma de \$ 554'724.816 pesos, y que no fue pactada en el contrato. Sobre esta nueva suma el Tribunal de Arbitramento aplicó la metodología del flujo de caja ajustado expuesta en el dictamen número 2 (tal metodología está descrita en el folio 172 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611) y arrojó como resultado la suma de \$17.999'801.539 pesos. Dicha suma, una vez descontados los valores que se encontraban en los fideicomisos, fue la que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento para compensar a

una deuda pendiente entre las partes, la cual, cabe recordar, el deudor reconoce que existe, pero manifiesta que no es del monto que alega el contratista.

El Tribunal no emitió ningún juicio respecto de la validez del acto administrativo de liquidación unilateral de este contrato, ni de la normatividad invocada por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca al proferirlo.

El hecho que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 haya versado sobre los desacuerdos económicos existentes entre las partes de este contrato y con ocasión del mismo³⁷³, no sustrae de la competencia del tribunal de arbitramento la resolución de la controversia

CISA “por el desequilibrio económico-financiero del contrato consistente en el déficit que se registró entre los ingresos y egresos del proyecto y con ella se retorna la inversión que no alcanzó su punto de equilibrio durante la ejecución del proyecto hasta diciembre de 1999”. (folio 175 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980.611)

El Tribunal de Arbitramento negó las pretensiones planteadas por CISA en la demanda arbitral, relativas (i) al reconocimiento y pago de sobrecostos y de perjuicios (numeral cuarto de la parte resolutive del laudo), (ii) al pago de intereses moratorios o comerciales sobre las sumas que le fueran reconocidas por concepto de inversión o capital no recuperado (numeral quinto de la parte resolutive del laudo) y (iii) al pago de la actualización monetaria sobre el capital no recuperado que le fuera reconocido por el Tribunal de Arbitramento (numeral quinto de la parte resolutive del laudo). (Folio 190 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611, que corresponde al folio 69 del laudo arbitral).

Respecto de la negación del reconocimiento de la actualización monetaria sobre el capital no recuperado se debe señalar que, el Tribunal de Arbitramento consideró que en el contrato de concesión no se previó que además de reconocer una tasa de interés, se aplicara la actualización monetaria (Folio 57 del laudo arbitral, que corresponde al folio 178 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611). Con fundamento en esto negó la referida pretensión.

³⁷³ El 17 de septiembre de 2001 la Gobernación del Valle del Cauca profirió la Resolución 095 de 2001 “por medio de la cual se liquida unilateralmente el Contrato No GM-95-04-017 de 1995, suscrito entre el Departamento del Valle del Cauca y la Firma Concesiones de infraestructura S.A. CISA”. En el numeral segundo de la referida resolución, la Gobernación del Valle del Cauca estableció que el valor neto que el Departamento debía retribuirle a CISA, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017, era siete mil trescientos sesenta y cuatro millones cuatrocientos noventa y nueve pesos (\$7.364.438.799 pesos), teniendo en cuenta (i) el nivel de ejecución del contrato, para el 21 de diciembre de 1999, fecha en la que fue terminado por mutuo acuerdo por las partes, (ii) la inversión de capital efectuada por CISA, (iii) la tasa interna de retorno pactada en el proyecto, aplicada durante el periodo comprendido entre la fecha en la que ingresaron los dineros de capital de riesgo a una de las fiduciarias del proyecto (29 de febrero 1996) y la fecha en la que se dio la reversión de la concesión (24 de abril de 2000), y (iv) efectuando una serie de descuentos que la Gobernación consideró necesarios practicar para mantener el balance del contrato y de las sumas reconocidas a CISA, los cuales ascendieron a la suma de veintidós mil seiscientos diecisiete millones quinientos veinticinco mil novecientos treinta y dos pesos (\$22.617’525.932 pesos).

Respecto a los mencionados descuentos, la Gobernación del Valle del Cauca señaló en la Resolución 095 de 2001 que los siguientes conceptos serían deducidos de la suma de dinero que se le reconocería CISA: (i) valores que se encuentran en los fideicomisos del proyecto y la rentabilidad de los mismos (\$4.543’851.517 pesos), (ii) “el valor del anticipo pendiente por amortizar, \$1.769.216.933 a diciembre de 1998 y cedido por el concesionario al constructor (...)” y la rentabilidad sobre el mismo, de acuerdo con la TIR del proyecto, (iii) los valores pagados por la Gobernación del Valle a la interventoría del proyecto, y la rentabilidad sobre éstos, de acuerdo con la TIR del proyecto (\$2.018.935.170 pesos) y (iv) “los valores en proceso de pago por parte de la Gobernación a la Interventoría por \$219’718.850 y por el pago de un lote en CAVASA, \$314’472.000 (...)”. De igual manera señaló que en el proyecto hubo excesos en los costos y que éstos también le serían descontados a CISA. Al respecto, afirmó lo siguiente: “El valor ejecutado del proyecto \$29.556’316.795, a pesos de diciembre de 2000, se comparó con los gastos totales del concesionario, efectuados durante el periodo Febrero 29 de 1996 a Abril 24 de 2000, originados en los flujos de caja presentados por los fideicomisos. Estos desembolsos deberían equivaler a una suma similar al valor ejecutado. Sin embargo, evaluando el valor presente neto de esos desembolsos a la TIR estimada del proyecto, se encontraron diferencias en exceso por valor de \$10.955’259.107, que también son deducidas del valor a retribuir (...)”. Folios 33 al 57 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611.

económica entre las partes. Se subraya que el tribunal de arbitramento dijo específicamente sobre el acto unilateral de liquidación que no juzgaría su validez. Citó como fundamento de esta determinación la sentencia C-1436 de 2000.

Habiendo revisado el contenido de la parte motiva y de la parte resolutive del laudo acusado y los argumentos esgrimidos por los accionantes para sustentar la ocurrencia de la vía de hecho por defecto orgánico de la que acusan al laudo y a la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que la alegada vía de hecho por defecto orgánico no ocurrió.

Tal conclusión lleva a esta Corporación a negar la acción de tutela de la referencia y a confirmar, pero por las razones expuestas en esta sentencia, la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, quien actuó como juez de tutela de primera instancia en el proceso que se revisa.

La Corte Constitucional revocará la decisión adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, quien actuando como juez de tutela de segunda instancia en este proceso, y en contravía de la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional³⁷⁴, rechazó la tutela interpuesta por los accionantes por considerar que este mecanismo de protección judicial no es procedente contra providencias judiciales, en ningún evento, sin excepción alguna.³⁷⁵

³⁷⁴ Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: C-543 de 1992 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), T-079 de 1993 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-158 de 1993 (MP: Vladimiro Naranjo Mesa), T-231 de 1994 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-1031 de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), SU-1184 de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), SU-159 de 2002 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), C-800 A de 2002 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), T-983 de 2001 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-949 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-200 de 2004 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-774 de 2004 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) y C-590 de 2005 (MP: Jaime Córdoba Triviño)

³⁷⁵ Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado señaló lo siguiente en la sentencia:

“En esta forma, para la Sala es claro que los planteamientos de los Señores Gobernador y Secretario Jurídico del Departamento del Valle del Cauca están dirigidos a controvertir las decisiones adoptadas en dos providencias judiciales y, por tanto, es forzoso concluir que la acción de tutela ejercida resulta improcedente. (...)

“Esta Sala, aún antes de la citada sentencia de la Corte Constitucional [haciendo referencia a la sentencia C-543 de 1992] ha sostenido la improcedencia de la tutela respecto de las providencias judiciales, puesto que su aceptación implica el desconocimiento de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e incluso la independencia de los jueces, consagrada en el artículo 228 de la Carta Política.

“Esa posición la mantiene a pesar de que la Corte Constitucional, con posterioridad a la sentencia que declaró inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, a partir de la Sentencia T-173 del 3 de marzo de 1993, introdujo la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues considera que sigue siendo válida la tesis de la improcedencia expuesta por esa misma Corporación en la Sentencia C-543/92(...)

“En esta forma, la Sala llega a la conclusión de que la tutela propuesta contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cali y la Selección Tercera del Consejo de Estado resulta improcedente, en cuanto se dirige a controvertir lo decidido por esos organismos en el laudo del 24 de abril de 2003 y la sentencia del 11 de marzo de 2004, respectivamente.

“En esta forma, definida la improcedencia de la acción de tutela ejercida por los Señores Gobernador y Secretario Jurídico del Valle del Cauca, la Sala modificará la sentencia impugnada en cuanto negó la solicitud de tutela para, en su lugar, rechazarla por improcedente”. (Folios 431, 434 y 435 del cuaderno principal número 1 del expediente T-980611).

Es importante señalar que la negativa de conceder la acción de tutela de la referencia no obsta para que las partes del contrato GM-95-04-017 lleguen a un acuerdo, dentro del marco legal vigente, respecto del pago de la deuda existente entre éstas.

En dicho acuerdo el Departamento del Valle del Cauca deberá honrar sus obligaciones derivadas del laudo sin perjuicio de que proponga fórmulas que eviten que los recursos que se destinarían a atender necesidades sociales de la población, sufran una mengua súbita de tal magnitud que frustren la ejecución de las políticas sociales en la materia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y **CONFIRMAR** el fallo proferido por Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por las razones expuestas en esta sentencia. Por consiguiente, la Sala Plena de la Corte Constitucional resuelve **NEGAR** la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, junto con el Secretario Jurídico de este departamento contra el Tribunal de Arbitramento que el 24 de abril de 2003 profirió el laudo arbitral que dirimió controversias económicas existentes entre Concesiones de Infraestructuras S.A. (CISA) y este departamento, con ocasión del contrato GM-95-04-017, así como contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la cual profirió la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, que declaró infundado el recurso de anulación presentado por el Departamento del Valle del Cauca contra el referido laudo arbitral.

Segundo.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL
Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado
CON ACLARACION DE VOTO

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

ÁLVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU 174 DEL 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

CONTRATO DE CONCESION-Para la Gobernación del Valle no había precluido el término para liquidar unilateralmente el contrato (Salvamento de voto)

Para la Gobernación del Valle del Cauca no había precluido el término para liquidar unilateralmente el Contrato de Concesión puesto que, por un lado, ni los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, ni el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establecen término preclusivo dentro del cual la administración deba efectuar la liquidación unilateral, y en todo caso, no había caducado la acción contenciosa administrativa respectiva para que el contratista reclamara los derechos que a su juicio le asistían con ocasión de la ejecución de dicho contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO-Convocado para dirimir las controversias entre CISA y la Gobernación del Valle/**LIQUIDACION DEL CONTRATO DE CONCESION**-Es válida y goza de la presunción de legalidad y veracidad así haya mediado un pacto arbitral/**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO**-No podía juzgar la actuación de la administración con relación a la liquidación del contrato de Concesión (Salvamento de voto)

Si la facultad de liquidar unilateralmente el contrato no es discrecional de la administración, entonces, al haber fracasado los intentos de arreglo directo entre CISA y la Gobernación del Valle del Cauca para liquidar de mutuo acuerdo el Contrato de Concesión, desacuerdo que se evidencia claramente con la convocatoria a tribunal de arbitramento que realizaron las partes para zanjar sus diferencias en lo que a este aspecto se refiere, no puede concluirse válidamente que ésta última perdió dicha facultad por haber suscrito un pacto arbitral (cláusula compromisoria y compromiso) para liquidar el contrato, en la medida en que dicha potestad era indisponible e intransigible. En estas circunstancias, considero que la liquidación efectuada por la Gobernación del Valle del Cauca es válida y por tanto goza de la presunción de legalidad y veracidad, independientemente de que haya mediado un pacto arbitral para la liquidación del contrato o que la administración haya hecho uso de esa facultad luego de notificada la demanda de convocatoria. Entonces, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia contractual con CISA no podía en su laudo juzgar la actuación de la administración con relación a la liquidación del Contrato de Concesión pues, la confrontación de dicha actuación con el ordenamiento constitucional y legal, es en mi concepto, competencia exclusiva de la jurisdicción permanente y no de los particulares investidos transitoriamente de funciones judiciales.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Modificó implícitamente el contenido económico de la Resolución de prestaciones al contratista (Salvamento de voto)

Si se tiene que en la Resolución la Gobernación del Valle del Cauca reconoció al contratista todas las prestaciones que, a su juicio, la administración le adeudaba con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión, al decidir el Tribunal de Arbitramento que además la administración debía reconocer la ruptura del equilibrio contractual, indudablemente se afectó la decisión unilateral adoptada por la administración toda vez que implícitamente se modificó el contenido económico de la resolución al reconocer otras prestaciones al contratista. Discusión, que debió darse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo atendiendo a la presunción de legalidad de que goza la mencionada resolución. Por tanto, considero que en el laudo arbitral del 24 de abril de 2003 el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir la controversia suscitada entre CISA y la Gobernación del Valle del Cauca se pronunció implícitamente sobre el alcance de la liquidación unilateral efectuada por esta última en la Resolución, desbordando así la competencia del juez arbitral por cuanto a éste le está vedado pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por la administración en ejercicio de sus potestades exorbitantes.

VIA DE HEHO POR DEFECTO ORGANICO-Falta de competencia del Tribunal de arbitramento (Salvamento de voto)

COSA JUZGADA-No se vulneró con la expedición de la sentencia T-481 de 2005 (Salvamento de voto)

He sostenido que con la sentencia T-481 de 2005 la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional no vulneró el principio de cosa juzgada y, por tanto, no desconoció la jurisprudencia unificada de esta Corporación en torno a la cosa juzgada constitucional. No hay vulneración al principio de cosa juzgada, por cuanto el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali realizó un juicio de procedencia de la acción de tutela presentada por CISA contra la Gobernación del Valle del Cauca y resolvió declarar improcedente la acción, y la Sala Civil del Tribunal Superior de Calí, al margen de las consideraciones en torno a la competencia de la autoridad departamental para liquidar el contrato, confirmó dicha decisión. con la sentencia T-481 de 2005 no se desconoció el principio de cosa juzgada constitucional, pues no existe identidad de objeto, partes ni causa petendi entre la acción de tutela que dio origen a esta providencia y aquella cuya segunda instancia fue resuelta por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali mediante sentencia del 23 de septiembre de 2002.

ACCION DE TUTELA-No se modificó la jurisprudencia unificada sobre vías de hecho con la sentencia T-481 de 2005 (Salvamento de voto)

El solicitante no demostró que con la sentencia T-481 de 2005 la Sala Primera de Revisión varió la jurisprudencia unificada de esta Corporación sobre vía de hecho. En mi concepto y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, el simple desacuerdo que tenga la solicitante con la sentencia proferida por la Sala Primera de Revisión no constituye razón suficiente para su declaratoria de nulidad.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-No vulneración
(Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Improcedencia solicitud de nulidad de la sentencia T-481 de 2005/**SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**-Debe acreditarse la existencia y representación de personería jurídica (Salvamento de voto)

He sostenido la improcedencia de la solicitud de nulidad de la sentencia T-481 de 2005, por no haberse acreditado la personería y legitimación de la sociedad en liquidación, lo cual es un supuesto procesal que constituye un elemento esencial del debido proceso, que es indispensable para que se pueda entrar a adoptar una decisión de fondo y por lo mismo, éstos, siempre deben ser examinados de manera previa por el juez. En conclusión, propuse en su momento y reitero en este salvamento de voto, que la solicitud de nulidad de la sentencia T-481 de 2005 debió ser denegada por no configurarse causal alguna y adicionalmente, declarar improcedente dicha solicitud, en razón de que no se probó la existencia y representación legal de la sociedad en liquidación. Por este motivo, ratifico nuevamente que jurídicamente no hubo solicitud de nulidad presentada en debida forma.

GENOCIDIO SOCIAL-Efectos sociales nefastos del fallo de tutela
(Salvamento de voto)

Considero necesario resaltar en este salvamento de voto la importancia de las razones socio-jurídicas que hacen relación a los efectos sociales nefastos que traerá este fallo, cuyas implicaciones sociales son peores, en mi concepto, que un delito de lesa humanidad y constituye un verdadero GENOCIDIO SOCIAL. En pocas palabras considero que con este fallo se están afectando gravemente todos los renglones de inversión pública del departamento del Valle del Cauca y de esa manera también los derechos fundamentales, los derechos socio-económicos, culturales y ambientales de la gente de todo un departamento, lo cual constituye una vulneración gravísima del núcleo fundamental de todos estos derechos. En mi concepto, esta sentencia, que permite el pago de unos recursos cuantiosos para una compañía que por lo demás no cumplió con sus obligaciones en el contrato, permite un verdadero GENOCIDIO SOCIAL, mata al Estado Social de Derecho y se atenta de manera lesa contra los todos los derechos fundamentales, socio-económicos, culturales y ambientales de la población más pobre del Valle del Cauca.

CORTE CONSTITUCIONAL-Proceso de votación en revisión de tutela (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Propuesta de audiencia pública de la Tutela de CISA (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-980611

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA
ESPINOSA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, presento Salvamento de Voto a esta sentencia, y para ello expongo a continuación las diversas razones de mi disenso:

En primer lugar, reiteraré los argumentos jurídicos que en su momento llevaron a la Sala Primera de Revisión a conceder la tutela impetrada por la Gobernación del Valle del Cauca expuestos en la Sentencia T-481 de 2005.

En segundo lugar, reiteraré las razones por las cuales considero que no se configuraban las causales de nulidad alegadas contra la sentencia T-481 de 2005, incidente que fue resuelto por esta Corporación mediante Auto T-100 de 2006, el cual declaró la nulidad impetrada, decisión de la cual disiento igualmente.

En tercer lugar, presentaré las razones de orden socio-jurídico que hacen relación a las nefastas implicaciones sociales que tendrá el presente fallo de revisión de tutela para los derechos fundamentales de la población más vulnerable del departamento del Valle del Cauca.

En cuarto lugar, me permitiré resaltar algunos incidentes del proceso de votación de la presente decisión en esta Corporación, y finalmente, dejaré constancia de mis reiteradas propuestas de audiencia pública en este proyecto, las cuales no fueron acogidas por la mayoría de esta Corte, y de mi petición de que las deliberaciones y la votación se hicieran de frente al público, con fundamento en el Preámbulo y en los arts. 1, 2, 3, 20 y 228 de la Constitución.

I. Reiteración de los argumentos jurídicos esbozados en la sentencia T-481 de 2005

En el caso de revisión de tutela que dio origen a la sentencia T-481 de 2005, la Gobernación del Valle del Cauca le imputó, de una parte, al laudo del

Tribunal de Arbitramento un defecto orgánico por cuanto incurrió en vía de hecho en el laudo arbitral del 24 de abril de 2003, pues, desconociendo la facultad de esa entidad pública para liquidar unilateralmente los contratos y la intangibilidad de los actos administrativos en sede arbitral, con su laudo emitió un juicio sobre la liquidación unilateral del Contrato de Concesión GM-95-04-017 efectuada mediante las resoluciones No.095 del 17 de septiembre de 2001 y No.209 del 25 de junio de 2002. De otra parte, le imputó el actor a la sentencia del Consejo de Estado un defecto sustantivo por no haber declarado la nulidad de esta providencia judicial, al resolver el recurso de anulación interpuesto contra ella.

Respecto de este caso, he sostenido en primer lugar, que la administración pública no había perdido la competencia para liquidar unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017 y, que con el laudo del 24 de abril de 2003 el Tribunal de Arbitramento emitió juicio sobre la liquidación unilateral efectuada por la Gobernación del Valle del Cauca.

En el mismo sentido, he sostenido que la acción de tutela ha debido prosperar en este caso, por cuanto en múltiples oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con la viabilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales cuando la decisión del juez implica una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia, es decir, cuando constituye una vía de hecho, la cual se configura cuando en la decisión judicial se presenta o un grave *defecto sustantivo, fáctico, orgánico, o procedimental*. En este caso, debieron prosperar, en mi criterio, los cargos por defecto orgánico y defecto sustantivo imputados al laudo arbitral y a la sentencia del Consejo de Estado respectivamente.

A continuación me permito desarrollar brevemente los anteriores argumentos:

1.1. Potestad de la Gobernación del Valle del Cauca para liquidar unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017.

En cuanto a lo primero, considero que para la Gobernación del Valle del Cauca no había precluido el término para liquidar unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017, puesto que, por un lado, ni los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, ni el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establecen término preclusivo dentro del cual la administración deba efectuar la liquidación unilateral, y en todo caso, no había caducado la acción contenciosa administrativa respectiva para que el contratista reclamara los derechos que a su juicio le asistían con ocasión de la ejecución de dicho contrato.

Por otra parte, estimo que la Gobernación del Valle del Cauca tampoco había perdido la facultad de liquidar el contrato por el hecho de haber suscrito un pacto arbitral con CISA o porque se hubiese admitido la demanda de

convocatoria a tribunal de arbitramento, pues, de un lado, esta notificación no era oponible a la entidad contratante de acuerdo con la Constitución Política y, de otro, porque para el momento en que se efectuó la liquidación unilateral dicha potestad no era transigible, y en esa medida las circunstancias mencionadas anteriormente no podían privar a la administración de esa facultad.

En efecto, a mi juicio, la tesis según la cual la notificación de la demanda de convocatoria realizada por la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali impedía que la administración liquidara unilateralmente el contrato estatal no encuentra respaldo en la jurisprudencia constitucional, ya que en la sentencia C-1038 de 2002 la Corte estableció que dicha función era competencia única y exclusiva de los árbitros por ser éstos quienes podían desempeñar funciones judiciales.

De otro lado, tenemos que según lo dispuesto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, luego de fracasada la etapa de mutuo acuerdo para la liquidación del contrato estatal, surge para la administración la potestad para efectuarla de manera unilateral mediante acto administrativo, a fin de que la entidad pública establezca de modo definitivo cuál de las partes contractuales es deudora, cuál acreedora y en qué suma exacta; lógicamente, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley al contratista de solicitar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la nulidad de los actos y la reparación de los daños antijurídicos que se le hayan ocasionado con el ejercicio de esa potestad.

Esta facultad, además, de acuerdo con el texto de la norma³⁷⁶, no es un privilegio discrecional de la administración sino que por el contrario se trata de un poder enmarcado dentro de unos términos de Ley, lo que supone que cumplido el supuesto de hecho establecido en el artículo 61 *ibídem*, la administración debe actuar conforme a lo que ahí se indica a fin de no dejar el contrato en una situación de indefinición permanente que pueda generar responsabilidades para el Estado diferentes a las inherentes a la celebración, ejecución y terminación del contrato.

Así las cosas, tenemos que si la facultad de liquidar unilateralmente el contrato no es discrecional de la administración, entonces, al haber fracasado los intentos de arreglo directo entre CISA y la Gobernación del Valle del Cauca para liquidar de mutuo acuerdo el Contrato de Concesión GM-95-04-017, desacuerdo que se evidencia claramente con la convocatoria a tribunal de arbitramento que realizaron las partes para zanjar sus diferencias en lo que a este aspecto se refiere, no puede concluirse válidamente que ésta última perdió dicha facultad por haber suscrito un pacto arbitral (cláusula compromisoria y

³⁷⁶ **Artículo 61. De la liquidación unilateral.** Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

compromiso) para liquidar el contrato, en la medida en que dicha potestad era indisponible e intransigible.

En estas circunstancias, considero que la liquidación efectuada por la Gobernación del Valle del Cauca mediante las resoluciones No.095 del 17 de septiembre de 2001 y No.209 del 25 de junio de 2002 es válida y por tanto goza de la presunción de legalidad y veracidad, independientemente de que haya mediado un pacto arbitral para la liquidación del contrato o que la administración haya hecho uso de esa facultad luego de notificada la demanda de convocatoria, toda vez que no era un asunto susceptible de someterse a arbitramento después de configurado el presupuesto establecido por la Ley para que la administración ejerciera esa potestad unilateral.

Entonces, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia contractual con CISA no podía en su laudo juzgar la actuación de la administración con relación a la liquidación del Contrato de Concesión GM-95-04-017, pues, la confrontación de dicha actuación con el ordenamiento constitucional y legal, a efectos de determinar si ésta se ajusta al principio de legalidad que la rige, es, en mi concepto, competencia exclusiva de la jurisdicción permanente y no de los particulares investidos transitoriamente de funciones judiciales.

1.2. Con el laudo del 24 de abril de 2003 el Tribunal de Arbitramento afectó la Resolución No.095 de 2001, mediante la cual la Gobernación del Valle del Cauca liquidó unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017.

Según la posición del Consejo de Estado, el laudo arbitral del 24 de abril de 2003 no afectó la liquidación realizada unilateralmente por la Gobernación del Valle del Cauca por cuanto la decisión que adoptó el Tribunal de Arbitramento en materia de restablecimiento del equilibrio contractual es un asunto ajeno a la liquidación del contrato y que compete a ambas partes definir.

Sin embargo, en mi concepto, no es de recibo este argumento puesto que, si se tiene que la liquidación de un contrato implica un ajuste de cuentas definitivo y que en ella se determina cuál de las partes contractuales es deudora, cuál acreedora y en qué suma exacta, debe concluirse que en la liquidación unilateral deben estar incluidas todas las prestaciones que la administración reconoce deber al contratista, incluyendo las derivadas del desequilibrio económico.

En efecto, si tenemos en cuenta que el equilibrio económico es un principio de la contratación estatal³⁷⁷ y que, además, su restablecimiento en caso de ruptura es un derecho del contratista³⁷⁸, encuentra justificación que el artículo

³⁷⁷ Artículo 27. Ley 80 de 1993.

³⁷⁸ Artículo 5 ídem.

4 de la Ley 80 de 1993 imponga a la administración el deber de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, así que si la entidad pública no implementa durante la ejecución del contrato las medidas que le corresponden para mantener el equilibrio antes mencionado, entonces, es evidente que, al momento de liquidar, debe reconocer las prestaciones derivadas de dicha omisión, toda vez que, se recuerda, la liquidación tiene por objeto poner fin a las divergencias presentadas entre los contratistas y poder declararse a paz y salvo, por lo menos, en sede administrativa.

Entonces, si se tiene que en la Resolución No.095 del 17 de septiembre de 2001 la Gobernación del Valle del Cauca reconoció al contratista todas las prestaciones que, a su juicio, la administración le adeudaba con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión GM-95-04-017, al decidir el Tribunal de Arbitramento que además la administración debía reconocer la ruptura del equilibrio contractual, indudablemente se afectó la decisión unilateral adoptada por la administración toda vez que implícitamente se modificó el contenido económico de la resolución al reconocer otras prestaciones al contratista. Discusión, que debió darse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo atendiendo a la presunción de legalidad de que goza la mencionada resolución.

Ahora bien, el hecho de que la decisión del tribunal de arbitramento se haya limitado a una decisión de contenido netamente económico no es razón suficiente para justificar la modificación del alcance de la liquidación unilateral efectuada por la administración.³⁷⁹

En otras palabras, si bien es cierto que tanto el Consejo de Estado como el Tribunal de Arbitramento manifiestan teórica y formalmente que con el laudo no se tocó el acto administrativo contentivo de la liquidación unilateral, en la realidad y materialmente si lo tocaron; y no solamente lo tocaron, sino que lo modificaron de forma grave y sustancial en sus partes motiva y resolutive.

En efecto, si con la liquidación se pretende definir la situación jurídica entre las partes al término del contrato y si la Gobernación del Valle del Cauca definió la situación con CISA mediante las resoluciones No.095 del 17 de septiembre de 2001 y No.209 del 25 de junio de 2002, al cuantificar en 7.364'438.799 pesos la suma a retribuir a este concesionario, debe concluirse

³⁷⁹ Así en la misma sentencia C-1436 de 2000 citada anteriormente, la Corte concluyó que “las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas [refiriéndose a las excepcionales], no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.”

que esta decisión de la administración fue alterada sustancialmente cuando en el laudo del 24 de abril de 2003 se determinó que el Departamento del Valle del Cauca debía cancelar a CISA la suma de 20.743´302.874 pesos por efecto de la ruptura del equilibrio económico, es decir, más del doble del monto que la administración había reconocido en el acto de liquidación a dicho concesionario, sin tener en cuenta que en la liquidación realizada en el acto administrativo se habían definido las relaciones jurídicas entre los contratantes.

Si el concesionario consideraba que las resoluciones No.095 del 17 de septiembre de 2001 y No.209 del 25 de junio de 2002 no se ajustaban a los parámetros legales porque no se había reconocido en ellas su derecho al restablecimiento del equilibrio económico o por cualquier otra causa, lo procedente era acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ante esa instancia se desvirtuaran la presunción de legalidad y acierto de esas decisiones y se hicieran las declaraciones y condenas que en derecho correspondieran. Sin embargo, el concesionario dejó precluir esta oportunidad puesto que en el expediente no hay constancia de que haya incoado la acción respectiva contra las resoluciones No.095 del 17 de septiembre de 2001 y No.209 del 25 de junio de 2002.

Por tanto, considero que en el laudo arbitral del 24 de abril de 2003 el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir la controversia suscitada entre CISA y la Gobernación del Valle del Cauca se pronunció implícitamente sobre el alcance de la liquidación unilateral efectuada por esta última en la Resolución No.095 del 17 de septiembre de 2001, desbordando así la competencia del juez arbitral por cuanto a éste le está vedado pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por la administración en ejercicio de sus potestades exorbitantes.

1.3 Conclusiones: Con fundamento en lo expuesto, es necesario concluir que el Tribunal de Arbitramento incurrió en un grave defecto orgánico por absoluta falta de competencia, y el Consejo de Estado en un protuberante defecto sustancial al no anular el laudo arbitral proferido por el primero con desconocimiento de las normas legales que regulan la competencia arbitral y la facultad de la administración de liquidar unilateralmente el contrato (artículos 60, 61, 70 y 71 Ley 80 de 1993), así como también los artículos 116, 236 y 237 de la Constitución Política.

En consecuencia, esta Corporación ha debido tutelar el derecho al debido proceso de la Gobernación del Valle del Cauca y anular la sentencia del 11 de marzo de 2004 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y el laudo arbitral del 24 de abril de 2003 que resolvió la controversia suscitada entre la sociedad Concesiones de Infraestructura S.A. (CISA) y el Departamento del Valle del Cauca con ocasión del Contrato de Concesión GM-95-04-017. De esta forma, ha debido quedar en firme la liquidación unilateral del Contrato de Concesión GM-95-

04-017 que realizó la Gobernación del Valle del Cauca mediante la Resolución No.095 del 17 de septiembre de 2001.

Así mismo, considero que no se debe pasar por alto, que en este caso se trata de un contratista que no cumplió con un contrato celebrado con la administración y que en vez de haberse respetado la terminación unilateral por parte de la administración por esta causa y con las consecuentes sanciones, se optó por acordar una terminación anticipada, una mediación arbitral y una liquidación en la que se le terminó reconociendo a la empresa contratista una suma cercana a 9 mil millones, caso que hoy se ha convertido en un pleito que vale 60 mil millones de pesos que van a tener que pagar los vallecaucanos con el correspondiente menoscabo y deterioro para las arcas de la administración pública y para los proyectos de inversiones previstos en el plan de desarrollo departamental.

Adicionalmente y desde un punto de vista jurídico, considero necesario mencionar que es abiertamente contradictorio y sospechoso, el que se venda la empresa CISA por un valor de un millón de pesos, frente al valor exorbitante de la liquidación del contrato que mediante esta sentencia se les termina reconociendo.

Finalmente me parece también necesario observar, que al final de la sentencia que se nos presenta, en un intento por salvar la conciencia, se señala que la negativa de la tutela no implica que las partes no puedan llegar a un arreglo sobre el pago de la deuda. Sin embargo, es necesario reiterar aquí, que le correspondía derecho y razón a la Gobernación del Valle del Cauca en la terminación y liquidación unilateral del contrato y que de otra parte el contratista no honró sus obligaciones.

2. Reiteración de los argumentos contra la nulidad de la Sentencia T-481 de 2005

En segundo lugar, me permito reiterar las razones de mi disenso frente a la decisión adoptada por esta Corporación mediante Auto T-100 de 2006 que acogió los argumentos de nulidad contra la sentencia T-481 de 2005, con base en los siguientes argumentos y consideraciones:

2.1 No existió violación al principio de cosa juzgada constitucional

El primer y segundo cargo de nulidad presentados contra la sentencia T-481 de 2005 hacían referencia a la violación del principio de cosa juzgada, por existir ya sentencia de tutela interpuesta por el consorcio CISA, la cual fue denegada en primera instancia por improcedente por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali y confirmada en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali.

En efecto, se alegó que la Sala Primera de Revisión desconoció con el fallo T-481 de 2005 la sentencia de tutela proferida el 23 de septiembre de 2002 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali y que, como consecuencia de esto, cambió la jurisprudencia establecida por la Sala Plena de esta Corporación en las sentencias SU-047 de 1999 y SU-1219 de 2001 en torno a la intangibilidad de la cosa juzgada constitucional.

En respuesta a este cargo, he sostenido que con la sentencia T-481 de 2005 la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional no vulneró el principio de cosa juzgada y, por tanto, no desconoció la jurisprudencia unificada de esta Corporación en torno a la cosa juzgada constitucional.

No hay vulneración al principio de cosa juzgada, por cuanto el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali realizó un juicio de procedencia de la acción de tutela presentada por CISA contra la Gobernación del Valle del Cauca y resolvió declarar improcedente la acción, y la Sala Civil del Tribunal Superior de Calí, al margen de las consideraciones en torno a la competencia de la autoridad departamental para liquidar el contrato, confirmó dicha decisión.

A *contrario sensu*, en la acción de tutela que dio origen a la sentencia T-481 de 2005 se protegió el derecho al debido proceso de la Gobernación del Valle del Cauca, el cual, a juicio de la Sala Primera de Revisión, fue vulnerado por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia contractual con CISA y la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al incurrir en vía de hecho en el laudo del 24 de abril de 2003 y la sentencia del 11 de marzo de 2004, pues con dichas decisiones estas autoridades judiciales desconocieron la facultad de liquidación unilateral de la administración y, además, porque con el laudo se había afectado la liquidación del Contrato de Concesión GM-95-04-017 efectuada unilateralmente por la Gobernación del Valle mediante las resoluciones No.095 del 17 de septiembre de 2001 y No.209 del 25 de junio de 2002.

En este sentido, reitero que no se configuró violación al principio de cosa juzgada constitucional, por cuanto existen diferencias entre los fallos en cuestión y no se configuran los presupuestos para que haya cosa juzgada en materia de tutela de conformidad con lo expuesto en la sentencia T-162 de 1998³⁸⁰, pues para que exista cosa juzgada constitucional la jurisprudencia ha dispuesto que debe tratarse de *motivos idénticos*,³⁸¹ de *juicios idénticos*,³⁸² del *mismo hecho*,³⁸³ del *mismo asunto*³⁸⁴ o de

³⁸⁰ Estos mismos criterios fueron utilizados por la Corte Constitucional en las sentencias T-048 de 1999 y T-009 de 2000 para determinar cuándo existía cosa juzgada en materia de tutela.

³⁸¹ SC-479/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero).

³⁸² SC-244/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

³⁸³ ST-520/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); SC-543/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-368/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-575/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-214/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-319/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); ST-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

³⁸⁴ ST-652/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

identidad de objeto y causa,³⁸⁵ nada de lo cual se configura en el presente caso. Así, por ejemplo, la Corte ha estimado que no se violan los principios constitucionales en comento cuando una misma conducta es juzgada por dos jurisdicciones diferentes con base en normas de categoría, contenido y alcance distintos.³⁸⁶

Así mismo y de conformidad con los principios tutelares establecidos en materia de cosa juzgada establecidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables a otros procedimientos y, en especial, al contencioso administrativo,³⁸⁷ no se da lugar en este caso a cosa juzgada. La norma señalada indica que existe cosa juzgada entre dos procesos judiciales y ésta puede ser declarada en el juicio posterior cuando: (1) ambos procesos versan sobre el *mismo objeto (eadem res)*; (2) ambos juicios se fundan en la *misma causa (eadem causa petendi)*; y, (3) existe *identidad jurídica de partes (eadem conditio personarum)* entre ambos procesos. La jurisprudencia colombiana ha estimado que, mientras los dos primeros elementos constituyen el límite objetivo de la cosa juzgada y responden, respectivamente, a las preguntas acerca de sobre qué se litiga y por qué se litiga, el último elemento constituye el límite subjetivo de la cosa juzgada.³⁸⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario concluir que con la sentencia T-481 de 2005 no se desconoció el principio de cosa juzgada constitucional, pues no existe identidad de *objeto, partes* ni *causa petendi* entre la acción de tutela que dio origen a esta providencia y aquella cuya segunda instancia fue resuelta por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali mediante sentencia del 23 de septiembre de 2002.

2.1.1 No existió identidad de objeto por cuanto, la acción de tutela tramitada ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali y la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, cuyos fallos fueron excluidos de revisión, tenía como objeto la revocatoria por vía administrativa de las Resoluciones Nos.0095 de 2001 y 209 del 25 de junio de 2002 por las cuales la Gobernación del Valle del Cauca había liquidado unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017, mientras que la que dio origen a la sentencia T-481 de 2005 tenía como objeto la nulidad de lo actuado por el Tribunal de Arbitramento y el Consejo de Estado dentro del proceso arbitral iniciado para dirimir la controversia suscitada entre CISA y el Departamento del Valle del Cauca con ocasión del Contrato de Concesión GM-95-04-017.

Además, a efectos de completar el análisis sobre el objeto de ambas tutelas, téngase en cuenta que las decisiones del juzgado y del tribunal de Cali se agotaron en un juicio de procedencia sobre la acción constitucional y, por el

³⁸⁵ SC-096/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez).

³⁸⁶ ST-413/92 (MP. Ciro Angarita Barón); SC-096/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez); SC-319/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); SC-259/95 (MP. Hernando Herrera Vergara); SC-244/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

³⁸⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de octubre 23 de 1974.

³⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de enero 18 de 1983 (MP. José María Esguerra Samper).

contrario, en la sentencia T-481 de 2001 la Sala Primera de Revisión se decidió de fondo sobre la competencia que tenía la Gobernación del Valle del Cauca para liquidar unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017, a pesar de la suscripción del pacto arbitral y de la admisión de la demanda arbitral.

En consecuencia, en mi criterio, es jurídicamente imposible calificar como idéntico el objeto de esta acción de tutela con la que tramitó la Gobernación del Valle del Cauca ante el Consejo de Estado y que originó la sentencia T-481 de 2005, pues en esta providencia la Sala Primera de Revisión fue más allá del juicio de procedencia de la acción de tutela y decidió de fondo sobre la competencia que tenía la Gobernación del Valle del Cauca para liquidar unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017.

En otras palabras, lo que fue objeto de definición en la acción de tutela incoada por la Gobernación del Valle del Cauca – competencia para liquidar unilateralmente un contrato –, no fue definido por razones de procedencia en la acción de tutela que había interpuesto CISA con anterioridad, así que no puede concluirse que las sentencias proferidas en esta última constituyan cosa juzgada constitucional respecto de la que puso fin a la primera, es decir, la sentencia T-481 de 2005.

Ahora bien, aunque en la sentencia de tutela del 23 de septiembre de 2002 la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali hizo algunas reflexiones en torno a la incompetencia de la Gobernación del Valle del Cauca para liquidar unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017 y a que dicho acto no limitaba la competencia del Tribunal de Arbitramento, considero que las mismas no pueden oponerse como cosa juzgada constitucional respecto de la ulterior acción de tutela en la medida en que no son *ratio decidendi*³⁸⁹ sino una mera *obiter dicta*, pues el criterio jurídico determinante para la decisión de confirmar la sentencia del Juez Primero Civil del Circuito de Cali fue la existencia de otra vía de protección judicial diferente de la acción de tutela.

2.1.2 No existió identidad de partes por cuanto en dichas acciones de tutela tampoco hay correspondencia entre las partes pues en aquella accionante y accionado estaban constituidos, en su orden, por CISA y la Gobernación del Valle del Cauca, mientras que en esta otra por la Gobernación del Valle y el Tribunal de Arbitramento y la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aunque CISA fuese vinculada como tercero interesado en las resultas del trámite de la acción de tutela.

2.1.3 No existió identidad de causa petendi finalmente, por cuanto, si bien en ambas acciones de tutela se plantea la discusión sobre la competencia o incompetencia de la Gobernación del Valle del Cauca para expedir los actos

³⁸⁹ En la sentencia SU-047 de 1999 la Corte Constitucional dijo: “la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.”

administrativos de liquidación unilateral del Contrato de Concesión GM-95-04-017 pese a haberse suscrito el pacto arbitral y luego de haberse admitido y notificado la demanda por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, lo cierto es que esta última, es decir la que dio origen a la sentencia T-481 de 2005, estuvo motivada por **nuevos hechos jurídicamente relevantes**, como son la expedición del laudo arbitral del 24 de abril de 2003 y de la sentencia del Consejo de Estado del 11 de marzo de 2004, mediante la cual se resolvió el recurso de anulación interpuesto contra el laudo; hechos sobre los cuales recayó el juicio realizado por la Sala Primera de Revisión.

En orden a lo expuesto, considero necesario concluir, que no tuvieron mérito ni el primer ni el segundo cargo de nulidad contra la sentencia T-481 de 2005, ya que con ella no se desconoció el principio de la cosa juzgada constitucional y, por tanto, tampoco puede concluirse que dicha providencia varió la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional en las sentencias SU-047 de 1999 y SU-1219 de 2001 en torno a esta figura.

2.2 No se varió la jurisprudencia unificada de esta Corporación sobre vía de hecho

El tercer cargo formulado contra la sentencia T-481 de 2005 se sustentaba en el salvamento de voto del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa y, por tanto, se contraía a la discrepancia con la Sala Primera de Revisión sobre si la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado había incurrido en vía de hecho en su sentencia del 11 de marzo de 2004, mediante la cual se resolvió el recurso de anulación interpuesto por la Gobernación del Valle del Cauca contra el laudo del 24 de abril de 2003.

En respuesta al tercer cargo de nulidad, he sostenido que el solicitante no demostró que con la sentencia T-481 de 2005 la Sala Primera de Revisión varió la jurisprudencia unificada de esta Corporación sobre vía de hecho. En mi concepto y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, el simple desacuerdo que tenga la solicitante con la sentencia proferida por la Sala Primera de Revisión no constituye razón suficiente para su declaratoria de nulidad.³⁹⁰

De conformidad con lo anterior, he sostenido que la posibilidad de solicitar la nulidad de una sentencia de las salas de revisión de la Corte Constitucional no significa que exista un recurso contra sus decisiones o que surja una nueva oportunidad para continuar un debate ya concluido, así que la Corte no puede realizar una corrección jurídica de las providencias objeto de impugnación, toda vez que su examen debe limitarse a determinar en la sentencia impugnada se incurrió en una grave violación del debido proceso.

³⁹⁰ Ver por ejemplo Auto A-031A de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Auto del 1º de agosto de 2001 MP. Eduardo Montealegre Lynett; Auto 003A de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.

Los puntos arguidos en el salvamento de voto y citados en el incidente de nulidad respecto de la vía de hecho fueron dilucidados por la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-481 de 2005. En este orden de ideas, considero que al remitirse a los argumentos expuestos en el salvamento de voto por el magistrado disidente, argumentos que ya fueron debatidos y vencidos en Sala en una discusión dialéctica propia del proceso judicial, la solicitante no demuestra la violación del debido proceso.

Por tanto, considero que en la solicitud de nulidad no se demuestra que se haya variado la jurisprudencia unificada de esta Corporación sobre la vía de hecho, sino que se pretende perpetuar una discusión en torno a una situación que fue valorada en su momento como vía de hecho por la Sala Primera de Revisión con fundamento en las normas legales que regulan la competencia arbitral y la facultad de la administración de liquidar unilateralmente el contrato (artículos 60, 61, 70 y 71 Ley 80 de 1993), especialmente, en lo que se refiere a la indisponibilidad de las potestades públicas y de los actos administrativos en materia arbitral, así como también en los artículos 116, 236 y 237 de la Constitución Política; todo, acorde con lo expuesto por esta Corte en las sentencias C-1436 de 2000 y C-098 de 2001.

Por consiguiente, como quiera que en la solicitud no se cumplió con la carga argumentativa que impone la figura excepcional de la nulidad para demostrar que la Sala Primera de Revisión violó el debido proceso al considerar que tanto el Tribunal de Arbitramento como el Consejo de Estado habían incurrido, en su orden, en un grave defecto orgánico y en un protuberante defecto sustancial, no podía considerarse, en mi concepto, procedente el tercer cargo de nulidad planteado.

2.3. No se desatendió la jurisprudencia que sobre el principio de confianza legítima estableció esta Corte en la sentencia C-131 de 2004, ni se vulneraron los derechos de acceso a la administración de justicia, a la defensa o al debido proceso de CISA.

Por último, la solicitante pretendió fundamentar un cargo de violación al principio de confianza legítima apoyándose, precisamente, en el principio de cosa juzgada constitucional, cuando, como ya se dijo, dicha figura no se afectó con la expedición de la sentencia T-481 de 2001 y las reflexiones en torno a la incompetencia de la Gobernación del Valle del Cauca para liquidar unilateralmente el Contrato de Concesión GM-95-04-017 no era vinculantes para la Sala Primera de Revisión, sino *obiter dicta*.

Ahora bien, téngase en cuenta que en la sentencia T-481 de 2005 no operó ningún cambio intempestivo o irrazonable de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues lo que hizo la Sala Primera de Revisión fue resolver un problema jurídico interpretando las normas legales (artículos 60, 61, 70 y 71 Ley 80 de 1993) conforme a las normas constitucionales (artículos 116, 236 y

237 de la Constitución Política) y a la jurisprudencia de esta Corporación establecida en las sentencias C-1436 de 2000 y C-098 de 2001.

Finalmente, valga aclarar que a la sentencia T-481 de 2001 tampoco puede imputársele el que la sociedad CISA no pueda acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para controvertir la legalidad y el acierto de las Resoluciones Nos.0095 de 2001 y 209 de 2002 expedidas por la Gobernación del Valle, pues en esta providencia se determinó que se había vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de esta entidad pública y se profirió una orden judicial para el restablecimiento de este derecho, pero en modo alguno sus efectos jurídicos tienen la virtud de configurar la caducidad de la acción contenciosa administrativa correspondiente, toda vez que dicho efecto se produce por el transcurso del tiempo y la omisión de incoar la acción respectiva. Esta omisión sólo se puede imputar a CISA, a pesar de que en la sentencia de tutela que ella impetró se le advirtió por el juez que debía demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En consecuencia, su negligencia no puede imputarse a la sentencia T-481 del 2005.

2.4. Improcedencia de la solicitud de nulidad.

Finalmente, he sostenido la improcedencia de la solicitud de nulidad de la sentencia T-481 de 2005, por no haberse acreditado la personería y legitimación de la sociedad Concesiones e Infraestructura S.A. en liquidación, lo cual es un supuesto procesal que constituye un elemento esencial del debido proceso, que es indispensable para que se pueda entrar a adoptar una decisión de fondo y por lo mismo, éstos, siempre deben ser examinados de manera previa por el juez.

Por consiguiente, me permito reiterar, que la petición de nulidad de la sentencia T-481 de 2005 no cumplió con todos los presupuestos procesales, pues la solicitante no acreditó en debida forma la capacidad para ser parte en dicho incidente. Al no existir ésta, la petición era improcedente por falta de ese presupuesto procesal, como quiera que la sociedad solicitante al no probar que existe jurídicamente, es como si no hubiera actuado.

Las sentencias T-503 de 1998, T-498 de 1994, T-315 de 2000 y la SU 707 de 1996, de esta Corporación, reiteran que acreditar esa personería no es mero formulismo, pues constituye una de las múltiples facetas del desarrollo de la personalidad, de la autonomía personal para hacer uso de las herramientas de protección de sus derechos. El problema de la existencia de la persona que actúa en el proceso, era el primero que se debía avocar, cuya prueba correspondía a los interesados, no al juez, en la forma en que lo señala la ley. Terminado el caso aquí, es probable que vaya a los tribunales internacionales.

He insistido también en la separación entre existencia de la persona jurídica, representación legal de ésta y quien la representa en el proceso (apoderado), que simultáneamente deben acreditarse para ser tenido como parte y poder

actuar en el proceso. Aunque el agente oficioso está en una posición de privilegio mayor a la del apoderado, pues basta su manifestación para actuar en el proceso, la Corte le ha puesto límites para que pueda tenerse como tal. La actuación como apoderado es más exigente, pues debe probar existencia y luego la representación de quien le confiere el poder, además de que el poder debe ser específico, pues como lo ha señalado la Corte en diversos fallos y en particular, en la sentencia T-328 de 2002, el *jus postulandi* no se entiende demostrado por la sola presentación del poder.

Por esta razón la solicitud de nulidad de la sentencia T-481 de 2005, debió ser rechazada, en mi concepto, por no haberse acreditado la personería de la solicitante en debida forma.

En conclusión, propuse en su momento y reitero en este salvamento de voto, que la solicitud de nulidad de la sentencia T-481 de 2005 debió ser denegada por no configurarse causal alguna y adicionalmente, declarar improcedente dicha solicitud, en razón de que no se probó la existencia y representación legal de la sociedad Concesiones e Infraestructura S.A. en liquidación. Por este motivo, ratifico nuevamente que jurídicamente no hubo solicitud de nulidad presentada en debida forma.

2.5. Argumentos adicionales

El suscrito Magistrado también hace suyos los argumentos que en su momento, antes de variar su posición respecto de la procedencia de la nulidad, expresó la Doctora Clara Inés Vargas Hernández, en la sesión de la Sala Plena del ocho (8) de septiembre de 2005 y que se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) La sede para solicitar la nulidad es distinta a la de la decisión del fallo, en cuanto a causales, pruebas y argumentos se refiere.
- b) La tutela que se invoca, no solo no prospera, sino que no es entre las mismas partes, ni por el mismo asunto.
- c) A los árbitros se les había dado competencia para liquidar el contrato y expresamente afirma que no lo liquidan, lo cual implicó una renuncia de su competencia. Al mismo tiempo se pronuncian sobre algo para lo que no tenían competencia; lo cual hace al Laudo contradictorio. No podían tampoco liquidar lo que ya había liquidado el Departamento mediante Acto Administrativo, pues tiene una presunción de legalidad que no ha sido desvirtuada, ya que no ha sido ni siquiera demandado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

2.6. Conclusión: En suma, considero que respecto de la nulidad alegada la Sala Primera de Revisión de esta Corporación no incurrió en causal alguna de nulidad en la sentencia T-481 de 2001, ya que no se configuró ni violación al

principio de la cosa juzgada constitucional, ni se varió la jurisprudencia sobre vía de hecho judicial, ni se desconoció la jurisprudencia sobre confianza legítima, ni se vulneró el derecho a la legítima defensa del Consorcio CISA. Adicionalmente y como argumento procesal considero que no se cumplió con el requisito de acreditación de la personería y legitimación de la sociedad Concesiones e Infraestructura S.A. en liquidación, razón por la cual dicha solicitud de nulidad era improcedente. Por todas las anteriores razones, sostengo que los cargos de nulidad formulados contra la Sentencia T-481 de 2005 debieron ser desestimados por esta Corporación.

3. Argumentos socio-jurídicos: Genocidio Social

En tercer lugar, considero necesario resaltar en este salvamento de voto la importancia de las razones socio-jurídicas que hacen relación a los efectos sociales nefastos que traerá este fallo, cuyas implicaciones sociales son peores, en mi concepto, que un delito de lesa humanidad y constituye un verdadero GENOCIDIO SOCIAL.

En mi criterio, el efecto de este fallo será el de lesionar gravemente los derechos de la gente de todo un departamento, no la gente rica sino la gente pobre, dejando a los niños sin escuela, sin hospitales, a las personas adultas sin pensión y con una afectación social grave de la población más vulnerable del Valle del Cauca. De este modo, con este fallo se afectará el derecho a la vida, por la carencia de la atención debida en salud, suministro de medicamentos, agua potable y se someterá a la población pobre de ese departamento al hambre y a la esclavitud. Así mismo, los jóvenes se quedarán sin educación y los ancianos sin programas sociales. Igualmente, la seguridad social se verá afectada y la preservación del ambiente sano, incluidos los programas de saneamiento ambiental. De igual manera, este fallo afectará de manera grave la vivienda digna, la recreación y el deporte y la preservación de los bienes de uso público. Del mismo modo, considero que se sacrificará el acceso a la cultura de los más afectados que son los más pobres, como también a la ciencia y la tecnología porque no habrá recursos para ello.

En pocas palabras considero que con este fallo se están afectando gravemente todos los renglones de inversión pública del departamento del Valle del Cauca y de esa manera también los derechos fundamentales, los derechos socio-económicos, culturales y ambientales de la gente de todo un departamento, lo cual constituye una vulneración gravísima del núcleo fundamental de todos estos derechos.

En este sentido afirmaba por ejemplo Roosevelt que el hombre que tiene hambre no es libre. Así mismo en la tradición liberal se ha reconocido que los derechos subjetivos de libertad necesitan de unas condiciones materiales suficientes para hacerlos efectivos y que sin el correlato de un adecuado sustrato socio-económico estos derechos pierden su valor. Así ya Kant afirmaba que la libertad humana, concepto que este autor fundamentaba a

priori en su “Crítica de la Razón Práctica” y en su “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, debía ser necesariamente complementada con un adecuado correlato antropológico, esto es, unas condiciones empíricas, en cuanto a los presupuestos materiales que posibilitan el ejercicio de la libertad. Así mismo, el filósofo de Königsberg reconocía que unas condiciones materiales mínimas de existencia constituían un requisito indispensable para la moralidad, es decir, para el ejercicio de la libertad. Del mismo modo, autores contemporáneos del liberalismo social o del liberalismo de tendencia “igualitarista” como Rawls, afirman que los derechos fundamentales de libertad e igualdad pierden su “valor” cuando no existen las condiciones socio-económicas necesarias para realizar un ejercicio pleno y efectivo de estas libertades.

Es por todo ello que en mi concepto, esta sentencia, que permite el pago de unos recursos cuantiosos para una compañía que por lo demás no cumplió con sus obligaciones en el contrato, permite un verdadero GENOCIDIO SOCIAL, mata al Estado Social de Derecho y se atenta de manera lesa contra los todos los derechos fundamentales, socio-económicos, culturales y ambientales de la población más pobre del Valle del Cauca.

4. El proceso de votación en revisión de tutela en esta Corporación y la propuesta de audiencia pública

Finalmente, me parece necesario hacer alusión en este salvamento de voto al proceso de votación en esta revisión de tutela. En primer lugar, creo necesario destacar que este caso se inició en una sala de revisión y que el magistrado que salvó el voto terminó siendo finalmente el ponente. En segundo lugar, no se debe dejar pasar por alto que en el debate sobre la nulidad de la sentencia T-481/05 se presentaron los mismos debates que se llevaron a cabo con ocasión del fallo de la nueva sentencia, y que la magistrado que en principio había dado razones para rechazar la solicitud de nulidad, posteriormente cambió su posición, y sin dar razones que desvirtuaran las dadas contra la nulidad, sin refutar sus argumentos anteriores, sin ninguna carga argumentativa, decidió cambiar de posición y votar a favor de la nulidad que antes había combatido. Con ese voto quienes estaban en minoría pidiendo la nulidad de la sentencia, lograron la mayoría y pudieron declarar la nulidad de ésta. Esta es la causa de que hoy se tenga que pagar esa millonaria suma que deja sin recursos a los programas sociales del Valle del Cauca.

Así mismo, me permito dejar constancia en el presente salvamento de voto de que en repetidas oportunidades presenté la propuesta de convocar a audiencia pública en este caso relativo a la acción de tutela promovida por la Gobernación del Valle del Cauca contra el Consejo de Estado, y la Sala deliberó y votó por mayoría en contra de esta propuesta. Así mismo, dejo constancia de que tampoco se aceptó mi propuesta de que las deliberaciones y la votación se hicieran de frente al público, con fundamento en el Preámbulo y en los arts. 1, 2, 3, 20 y 228 de la Constitución.

Por todas las razones anteriormente expuestas, manifiesto mi categórico disenso frente a esta decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA SU-174 de 2007.

SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-No constituye nueva oportunidad procesal para examinar si se incurrió o no en una vía de hecho/**SALAS DE REVISION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**-Facultad discrecional para establecer la existencia o no de una vía de hecho (Salvamento de voto)

NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedencia excepcional por vulneración del debido proceso (Salvamento de voto)

NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Auto 100 de 2006 revivió un debate jurídico concluido que había hecho tránsito a cosa juzgada/**NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**-Se convirtió en una segunda instancia de las decisiones adoptadas por las salas de revisión (Salvamento de voto)

A mi juicio, la Sala Plena, mediante auto núm. 100 de 2006 revivió un debate jurídico concluido, que había hecho tránsito a cosa juzgada, respecto de una materia que había sido objeto de detallado análisis por parte de la Sala Primera de Revisión. En otras palabras, el recurso de nulidad se convirtió en una especie de segunda instancia de las decisiones adoptadas por las Sala de Revisión de la Corte. La Corte es competente para producir esta nueva sentencia de reemplazo pero no para tomar una decisión que opera como segunda instancia. Por esa razón salvo mi voto también respecto de la sentencia de unificación que reemplazo la decisión declarada nula, pues a mi juicio constituye un precedente desafortunado en la materia, al haber sido proferida para sustituir una providencia que a mi juicio no adolecía de defecto alguno.

Referencia: expediente T-980611

Acción de tutela instaurada por el Gobernador del Departamento del Valle de Cauca y el secretario jurídico de este departamento contra el Tribunal de Arbitramento que el 24 de abril de 2003 profirió laudo arbitral que dirimió las controversias contractuales existentes entre Concesiones de Infraestructuras S.A. (CISA) y el departamento de Valle del Cauca, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017, así como contra

la sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la cual profirió sentencia 25021 de 11 de marzo de 2004, que declaró infundado el recurso de anulación presentado por el departamento del Valle del Cauca contra el referido laudo arbitral.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA
ESPINOSA.

Con el acostumbrado respeto por los fallos proferidos por la Sala Plena de la Corte, me aparto de la decisión adoptada por la mayoría mediante la cual denegó el amparo solicitado por los representantes de la entidad territorial. Las razones de mi voto disidente fueron inicialmente consignadas en el Salvamento de Voto del Auto de Sala Plena 100 de 2006, razón por la cual me limitaré a esbozarlas brevemente en el presente escrito.

En primer lugar mi desacuerdo se remonta a la decisión de anular la sentencia T-481 de 2005 proferida por la Sala de Revisión primera en el asunto de la referencia porque considero que en esa providencia la mayoría desconoció el alcance del examen de nulidad de una sentencia adoptada por una sala de revisión y convirtió este incidente en una suerte de segunda instancia.

Como sostuve en aquella oportunidad las peticiones de nulidad de las sentencias de tutela no pueden convertirse en una oportunidad procesal para examinar si la sala de revisión adoptó una decisión “errada”, por no compartir la mayoría la interpretación del los hechos o del ordenamiento jurídico defendida por la sala de revisión.

Sin lugar a dudas, las Salas de Revisión están facultadas, de conformidad con los preceptos establecidos por la jurisprudencia constitucional, para ejercer *su autonomía interpretativa y desarrollar su pensamiento jurídico racional*,³⁹¹ en cada uno de los casos sometidos a su consideración. Bajo este orden de ideas, dichas Salas ostentan la facultad discrecional para establecer la existencia o no de una vía de hecho; *pues gozan como todo juez de la republica, de una amplia competencia para apreciar razonablemente las circunstancias que constituyen*³⁹².

En esa medida, para poder decretar la nulidad en cada caso en concreto es necesario que se cumplan las exigencias reiteradas y reconocidas por esta Corporación, es decir, que los vicios que se invoquen impliquen una verdadera afectación del debido proceso, cuya demostración sea “*ostensible, probada,*

³⁹¹ Auto 276 de 2001.

³⁹² Auto 131 de 2004.

significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos”³⁹³. Conforme a lo expuesto, si se hace alusión a la causal de cambio de jurisprudencia para motivar la solicitud de impugnación de un fallo, será procedente sólo si el cambio consiste en la modificación sustancial de un precedente que se refiere a un problema jurídico concreto y no frente a cualquier doctrina contenida en la jurisprudencia. De igual manera, le está vedado a la Sala Plena entrar a establecer, por vía del incidente de nulidad, como si se tratase de una segunda instancia, si una determinada Sala de Revisión acertó al momento de establecer la existencia o no de una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto se estaría violando el principio de autonomía judicial.

En el asunto de la referencia la apoderada de la Sociedad Concesiones de Infraestructuras S.A. en liquidación, presentó una solicitud de nulidad contra la sentencia T-481 de 2005 alegando como causales para ello (i) el desconocimiento de reiterada jurisprudencia de la Corte sobre “*las llamadas vías de hecho*”; (ii) se habrían desconocido los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y al derecho de defensa de CISA; (iii) se habría cambiado la jurisprudencia sentada en las providencias SU-1219 de 2001 y SU 047 de 1999 sobre la intangibilidad de la cosa juzgada constitucional, por haberse desconocido un fallo anterior del 23 de septiembre de 2002 proferido en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali; y (iv) se habría desconocido el principio de confianza legítima.

Argumentos acogidos parcialmente por la Sala Plena en el Auto 100 de 2006, providencia que estimó procedentes dos de las causales de nulidad invocadas, a saber: (i) el cambio de jurisprudencia sobre la doctrina de la vía de hecho y (ii) el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso de una de las partes, específicamente, el derecho a acceder a la administración de justicia. En aquella oportunidad sostuvo la Sala Plena que la Sala Primera de Revisión, mediante sentencia T-481 de 2005 había modificado la jurisprudencia de la Corte en materia de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Como sostuve en aquella ocasión la argumentación de la mayoría resulta ser (i) *contradictoria*, por cuanto, por una parte, se apoya en la premisa según la cual la Sala Primera de Revisión de Tutela habría modificado la jurisprudencia de la Sala Plena en lo que concierne a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y al mismo tiempo, se apoya sobre una supuesta falta de motivación del fallo sobre la ocurrencia de una vía de hecho; e (ii) *insuficiente*, ya que no explica por qué razón una Sala de Revisión de Tutela debe seguir la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la pérdida de competencia de la Administración para liquidar unilateralmente los contratos cuando ha sido notificada de la demanda arbitral o judicial

³⁹³ Auto 031 A de 2002

presentada para tales fines; más aún, tampoco se exponen las razones de orden constitucional que harían vinculante tal posición jurisprudencial de los jueces administrativos.

Contrario a lo sostenido por la mayoría, la Sala Primera de Revisión de Tutelas en la sentencia T-481 de 2005 se limitó a reiterar lo sostenido en numerosos fallos de la Sala Plena y de las Salas de Revisión sobre las categorías de defectos de los fallos judiciales. No se presentó, por tanto, novedad o modificación alguna en la materia. Por el contrario, a mi juicio, la Sala Plena, mediante auto núm. 100 de 2006 revivió un debate jurídico concluido, que había hecho tránsito a cosa juzgada, respecto de una materia que había sido objeto de detallado análisis por parte de la Sala Primera de Revisión. En otras palabras, el recurso de nulidad se convirtió en una especie de segunda instancia de las decisiones adoptadas por las Sala de Revisión de la Corte.

La Corte es competente para producir esta nueva sentencia de reemplazo pero no para tomar una decisión que opera como segunda instancia. Tanto en la primera como en ésta se respetan y permanece la doctrina jurisprudencial sobre causales de procedencia de tutela contra providencias judiciales. La jurisprudencia de la Corte esta vigente en ambos casos, lo que cambia es la manera como se aprecian o valoran los hechos. El trámite de nulidad no puede ser directa o indirectamente instrumentado como segunda instancia

Por esa razón salvo mi voto también respecto de la sentencia de unificación que reemplazo la decisión declarada nula, pues a mi juicio constituye un precedente desafortunado en la materia, al haber sido proferida para sustituir una providencia que a mi juicio no adolecía de defecto alguno.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

NULIDAD SENTENCIA DE TUTELA-Demanda un juicio de validez de la sentencia y no un nuevo examen de los argumentos del fallo de revisión (Aclaración de voto)

El suscrito magistrado salvó su voto en relación con el auto anulatorio de la sentencia T-481-05 por cuanto no se reconoció la diferencia entre los ámbitos de la sentencia de revisión de tutela y la nulidad de la misma, “cuya excepcionalidad ha justificado para la propia jurisprudencia de la Corte presupuestos de procedencia de suyo exigentes”. Dije entonces – y se reitera ahora – que el ámbito de la nulidad demanda exclusivamente un juicio de validez de la sentencia y no un nuevo examen de los argumentos del fallo de revisión, como se hizo por la mayoría al reabrir el debate so pretexto de evaluar la doctrina sobre vía de hecho, pues la nulidad no puede apoyarse en simples discrepancias de criterio. En dicho salvamento de voto advertí que se lo formulaba “sin calificar el fondo de la cuestión planteada en el proceso de tutela...”, de tal manera que, acatando como corresponde la decisión de nulidad, ahora resulta válido el examen a fondo de la acción de tutela, con la competencia plena de la Corte como juez de revisión de los fallos de instancia.

ACCION DE TUTELA-Tribunal de arbitramento no incurrió en vía de hecho por defecto orgánico (Aclaración de voto)

Referencia: sentencia SU-174 de 2007.

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito aclarar mi voto en relación con la sentencia de la referencia, en los siguientes términos.

Con ocasión del examen de la solicitud de **nulidad** impetrada contra la decisión de la Sala Primera de Revisión de la Corte, mediante la cual resolvió aceptar la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y dejar sin efectos el laudo arbitral proferido el 24 de abril de 2003 por el Tribunal de Arbitramento constituido al efecto y la sentencia del 11 de marzo de 2004 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto 100 de 22 de marzo de 2006, resolvió declarar la nulidad de la Sentencia T-481 de 2005 y lo hizo al encontrar que dicha

decisión implicaba un cambio de la jurisprudencia de la Sala Plena sobre la doctrina de la vía de hecho en providencias judiciales y por haber desconocido el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Como consta en el trámite de este asunto, el suscrito magistrado salvó su voto en relación con el auto anulatorio de la sentencia T-481-05 por cuanto no se reconoció la diferencia entre los ámbitos de la sentencia de revisión de tutela y la nulidad de la misma, “cuya excepcionalidad ha justificado para la propia jurisprudencia de la Corte presupuestos de procedencia de suyo exigentes”. Dije entonces – y se reitera ahora – que el ámbito de la nulidad demanda exclusivamente un juicio de validez de la sentencia y no un nuevo examen de los argumentos del fallo de revisión, como se hizo por la mayoría al reabrir el debate so pretexto de evaluar la doctrina sobre vía de hecho, pues la nulidad no puede apoyarse en simples discrepancias de criterio.

En dicho salvamento de voto advertí que se lo formulaba “sin calificar el fondo de la cuestión planteada en el proceso de tutela...”, de tal manera que, acatando como corresponde la decisión de nulidad, ahora resulta válido el examen a fondo de la acción de tutela, con la competencia plena de la Corte como juez de revisión de los fallos de instancia.

Bajo ese supuesto y examinada la acción protectora compartí los argumentos de la mayoría con fundamento en los cuales se concluyó que *(i) se cumplieron en su integridad los requisitos de procedencia de la acción; (ii) el Tribunal de Arbitramento no incurrió en la vía de hecho por defecto orgánico, dado que no desconoció en el laudo la validez y firmeza de acto administrativo de liquidación unilateral del contrato ni se pronunció sobre su legalidad; (iii) se impone en consecuencia negar la acción propuesta.*

Fecha ut supra.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado